DIE ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH § 888 Z.P.O.

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR
ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
BEI DER
JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZU MÜNCHEN

VORGELEGT VON
AUGUST GEISLHÖRINGER
REGIERUNGSAKZESSIST / LANDSHUT

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

MÜNCHEN 1914
DRUCK VON M. SCHNIDTMANN, MÜNCHEN, SENDLINGERSTR. 57

Referent: Herr Universitätsprofessor
Geh. Rat Dr. L. Ritter von Seuffert.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548312_0138

Zwangsvollstreckung nach § 888 Z.P.O.

§ 1.

Der Zivilprozess hat es zu tun mit der Durchsetzung der dem einzelnen Individuum im bürgerlichen Leben zugewiesenen Rechte. Diesem seinem Zwecke entsprechend kann man das ganze Verfahren in zwei scharf zu scheidende Hauptteile trennen:

a) in den eigentlichen Prozess, der die Auffindung des Rechts, das Erkennen des Rechts zum Ziele hat,

b) in das sich angliedernde Vollstreckungsverfahren, welches das erzielte Judikat dem widerstrebenden Willen des Schuldners gegenüber durchzusetzen bestimmt ist. (Diese „Vollstreckungsinstanz" ist natürlich nur denkbar nach „Leistungsurteilen".)

Da der Berechtigte begreiflicherweise nicht sein Hauptinteresse darin sieht, auf dem Papier sein Recht bezw. seinen Anspruch anerkannt zu wissen, sondern vielmehr darin, nunmehr auch zu seinem Recht wirklich zu kommen, so kann man behaupten, dass für die Praxis der Schwerpunkt des ganzen Prozesses in der Vollstreckung liegt. In der richtigen Erkenntnis dieser Tatsache haben denn auch alle neueren Prozessgesetze nach dem Vorgang des code de procédure der Zwangsvollstreckung in der legislatorischen Behandlung ein eigenes Buch mit meist recht detaillierten Bestimmungen gewidmet. [1] [2])

Ausgehend davon, dass die Vollstreckung den Gläubiger möglichst schnell und sicher in den Genuss seiner autoritativ festgestellten Rechte setzen soll, kann man wiederum die möglichen Exekutionsmittel teilen in direkte und indirekte: [3]) direkte, wenn

---

[1]) Die gemeinrechtliche Prozessliteratur hat die Zwangsvollstreckung noch etwas stiefmütterlich behandelt, weil gerade hier die Partikularrechte die mannigfachsten Verschiedenheiten aufweisen. Vgl. Menger, Arch. f. civ. Pr. 55.371.

[2]) Vgl. Deutsche Z.P.O., die die Zwangsvollstreckung in 242 Paragraphen behandelt.

[3]) Diese hier angewandte Terminologie ist keine durchgängige. Der Verf. hält sich hier an die Ausdruckweise im Kommentar von Seuffert, Vorwort 2. 3. Abschn. des 8. Buches der Z.P.O.

gegen den Schuldner mit physischem Zwang vorgegangen wird, also z. B. Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher; indirekte, wenn ein Druck auf den Willen des Schuldners ausgeübt wird durch Geld- oder Freiheitsstrafen.

Unser Gesetz hat aus guten Gründen der direkten Zwangsvollstreckung im Prinzip den Vorzug gegeben.[1]) Denn der Staat bietet ja nicht bloss seinen Rechtsschutz dem Gläubiger, sondern ebensogut dem Schuldner; deshalb wird er unnötige Härten in der Vollstreckung gegen den Schuldner möglichst zu vermeiden suchen, zumal es ja nicht immer die Hartnäckigkeit, sondern auch in vielen Fällen das Unvermögen des Schuldners ist, was eine freiwillige Erfüllung des Anspruches nicht zulässt. Eine zwangsweise Durchführung mit indirekten Mitteln muss in konsequentem Fortschreiten notwendig zu recht empfindlichen Uebeln, wie insbesondere Freiheitsentziehung, greifen. Aber auch das Interesse des Gläubigers, dem es nicht sowohl auf die Art und Weise, sondern auf den Erfolg der Vollstreckung ankommt, wird durch das System der direkten Zwangsmittel regelmässig nicht verletzt. Führt es doch sogar meist schneller und sicherer zum Ziel, als wenn man erst die ganze Skala der möglichen Vollstreckungsstrafen gegen den Schuldner durchlaufen muss, um dann erst noch abwarten zu müssen, was jetzt der Schuldner für das kleinere Uebel hält, ob Erfüllung des Anspruchs oder Poena!

Es wäre also unklug, den für den Staat, Gläubiger und Schuldner gleich gangbaren, ja sogar vorteilhafteren Weg nicht zu wählen, vielleicht nur um eines Prinzips willen, dass der Staat in seiner Autorität Schaden leide, wenn er nicht dafür sorge, dass sein Ausspruch gerade so durchgeführt werde, wie er laute, nämlich persönlich durch den Schuldner erfüllt werde; sondern umgekehrt den vielleicht recht unsichern, langwierigen und insbesondere für den Schuldner recht dornenvollen Weg des Zwanges auf den Willen des Schuldners zu beschreiten.

Aber es gibt Fälle, wo dieser einfache Ausweg, der der direkten Zwangsmittel (Pfändung bezw. Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher) versagt: es sind die Fälle der sogenannten „unvertretbaren Handlungen". „Handlung" ist hier aufzufassen als ein positiver Begriff, als ein Tätigwerden (Ggstz.: Dulden oder Unterlassen). „Unvertretbar" ist in dem Sinn zu verstehen, dass

[1]) Vgl. §§ 803, 883, 884, 885, 887 Z.P.O.

niemand als der Schuldner gerade diese Handlung vorzunehmen imstande ist, soll sie anders einen Wert für den Gläubiger haben.

Hier ist denkbar, entweder auf die Vollstreckung zu verzichten und den Gläubiger auf die Geltendmachung seines Interesses zu beschränken oder zu versuchen, den Willen des Schuldners geschmeidig und gefügig zu machen.

Warum wird nun der Staat trotz der dieser Art von Vollstreckung anhaftenden, oben erwähnten Mängel doch von einer Schonung des Schuldners vor persönlichem Zwang hier nicht absehen?

Die Motive zum Entwurf einer Z.P.O. [1]) sagen hierzu: „Es wird auch bei einer Verpflichtung zu einer Handlung .... als Ziel der Zwangsvollstreckung die wirkliche Erfüllung festgehalten. Dem Schuldner soll nicht das Recht eingeräumt werden, durch Unterlassen der Erfüllung den Gläubiger auf die Forderung des Interesses zu beschränken, welche wegen der Insolvenz des Schuldners oder wegen der Unschätzbarkeit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch ist."

So weit darf die Humanität im Recht nicht gehen, dass sie das Interesse des Schuldners dem des Gläubigers vorzieht, zumal sich hier Rechtsbrecher und Rechtsucher gegenüberstehen. Die Sicherheit im Verkehrsleben müsste darunter leiden, wenn der Staat aus Angst vor Eingriffen in die persönliche Rechtssphäre des Schuldners dem Gläubiger ein Opfer zumuten würde, was es doch zumeist bedeutet, wenn der Gläubiger statt der Erfüllung nur das vermögensrechtliche Interesse bekäme. [2]) Ist doch der Staat auch sonst nicht so ängstlich, insbesondere bei publizistischen Interessen, wo er sogar recht energisch dem Einzelnen in seiner Person zusetzt. Endlich muss man auch der blossen Androhung von Strafen im Gesetz bei Nichterfüllung eine nicht zu unterschätzende Präventivwirkung beimessen.

Diese Gründe rechtfertigen u. E. hinreichend die Zulassung indirekten Zwanges in unserem Zwangsvollstreckungsverfahren gemäss § 888 Z.P.O.

Da sich etwas historisch Gewordenes, etwas, das wie das Recht aus seiner Vergangenheit herausgewachsen ist, am besten erklären und verstehen lässt, wenn man seinen Anfängen auf den

---

[1]) Begründung des Entwurfs (III) einer deutschen Z.P.O. (1872) zu §§ 706 bis 709, S. 573.

[2]) Diese Gründe werden bekämpft von Reichensperger in den Protokollen S. 413. (Prot. d. Justizkommission d. Reichstags.)

Grund gegangen ist, so mag ein kurzes Eingehen auf diejenigen Rechte, auf denen hauptsächlich unser heutiges Recht fusst, hier am Platze sein.

§ 2. Das römische Recht.

So hoch entwickelt das römische Recht in der klassischen Periode ist, so einseitig und spröde ist es in der älteren Zeit. Es gibt nur judicia stricti juris; die Schuldverträge erschöpfen sich in der Form der Stipulation, der ordentliche Schuldprozess ist die sacramenti actio in personam. [1]) Gegenstand der Stipulatio ist ein dare; Verträge, die auf ein facere gerichtet sind, sind noch selten. Der römische Bürger verbringt seine Zeit auf dem Forum in Staatsgeschäften oder im Felde; nur Politik ist eine des civis Romanus würdige Beschäftigung. Das facere, die Handarbeit und sogar die Künste, soweit man in dieser Zeit schon von Kunst sprechen kann, liegt in den Händen der Sklaven. — Die wenigen Verträge auf ein Tun, die das praktische Leben dennoch mit sich brachte, scheinen ihre bindende Kraft erst durch eine poenae stipulatio erhalten zu haben; [2]) denn die stipulatio konnte nur auf ein certum gehen und das facere galt als incertum. [3]) Die Klage aus dieser Stipulatio war dann auch nicht auf das facere gerichtet, sondern auf die poena. [4]) Wenn also nach dieser, u. E. richtigen Ansicht schon gar nicht auf die Handlung geklagt werden konnte, so konnte um so weniger die Exekution auf die Handlung selbst gerichtet sein. Es weist also das römische Recht schon zur Zeit des Legisaktionenprozesses die Tendenz auf, dass die Zwangsvollstreckung auf Geld gerichtet ist. Ob es aber schon früher, vor allem in der Zeit vor Einführung des Geldes Verurteilungen auf ein Tun gab, und wie dann die Vollstreckung vor sich ging, ist nicht geklärt; [5]) so wenig, wie der Zeitpunkt der allgemeinen Geldkondemnation, ist deren Vorgeschichte sicher zu ermitteln. [6])

Wie die Verfolgung der aus dem Urteil gewonnenen Geldforderung vor sich ging, darüber sind wir ziemlich lückenlos unterrichtet. Die Vollstreckung geschieht im Weg einer neuen Klage,

[1]) v. Bethmann-Hollweg, D. röm. Z.P. (Bonn 1864) S. 148.

[2]) v. Bethmann-Hollweg, a. a. O.

[3]) l. 75 § 7 D 45. 1.

[4]) Dagegen Keller, Der röm. Z.P. und die Aktionen S. 382, Farigny, System V. S. 638.

[5]) Pauly, Realencyclopädie, aestimatio Citis 1894, Bd. 1 S. 689.

[6]) Bekker, Aktionen des röm. Privatr. (1871) I. 82 ff.

der legis actio per manus injectionem. [1]) Die Voraussetzung, die diese Klage verlangte, nämlich Liquidität des Anspruchs, [2]) war in diesem Fall gegeben in dem auf Geldcondemnation lautenden Urteil. Die Schilderung des ganzen Vollstreckungsverfahrens, wie wir es bei Gajus IV § 21 und bei Gellius XX 1,45 lex XII tab. III 1 ausführlichst finden, zeigt uns den Typus einer reinen Personalexekution. Nach Ablauf verschiedener gesetzlicher Fristen, während deren dem Schuldner die Möglichkeit gegeben ist, sich aus der Verstrickung zu lösen, ist die Person des Schuldners dem Gläubiger auf Gnade und Ungnade verfallen. Aber schon im 4. Jahrhundert vor Christus wird dieses strenge Los des Schuldners (indicatus) gemildert durch die lex Poetelia (441 a. u. c.), wenn auch das Verfahren per manus injectionem noch bis zur Abschaffung der alten legisactiones beibehalten wurde. Der Schuldner bleibt seitdem wenigstens in seiner Persönlichkeit, [3]) in seiner Ingenuität unberührt. Nur ein faktischer, nicht rechtlicher Zustand der Unfreiheit, der Schuldknechtschaft bis zur Erfüllung des Urteils blieb noch bestehen. [4]) Daneben aber entsteht das erst durch den Prätor in der nächsten Periode vollends entwickelte Institut der missio in bona, indem das Recht der Beschlagnahme des Vermögens des Schuldners dem Gläubiger zugestanden wird. [5])

Zwei auf ein facere gerichtete Klagen seien wegen der ihnen von jeher eingeräumten exzeptionellen Stellung hier besonders erwähnt: Die Klage aus einem Verlöbnisvertrag und die Klage auf Talion auf Grund einer iniuria.

Nach lateinischem und ältestem römischen Recht wurde das Verlöbnis abgeschlossen durch Stipulationen zwischen dem Vater der Braut und dem Bräutigam; auf Grund dieser gegenseitigen Stipulation konnte dann wegen Nichterfüllung geklagt werden. [6]) Wie bei der Mehrzahl der Klagen im Legisaktionenprozess, die nicht von vornherein auf eine Geldsumme gerichtet waren, [7])

---

[1]) Keller, a. a. O. § 19.

[2]) Girard, Geschichte und System des röm. Rechts (1908), übersetzt von Robert v. Mayr. S. 1108 ff.

[3]) „Caput."

[4]) Quintilian, Inst. or. V. 10, 60. Vgl. v. Bethmann-Hollweg S. 201.

[5]) Keller, § 83; v. Bethmann-Hollweg S. 200.

[6]) Pauly, S. 690; Varr. de l. l. VI. 71. Servius Sulpicius bei Gell. IV, 4, 2. Rekonstruktion bei Huschke, Ztschr. f. geschichtl. R.-Wissensch. X. (1842) S. 315 ff.

[7]) v. Bethmann-Hollweg, § 53; Keller, Röm. Ziv.-P. u. die Aktionen § 63; Pauly I. S. 689; Bekker S. 85.

verurteilte auch hier der index nach einer litis aestimatio auf eine entsprechende Geldsumme. Erst jetzt war eine res iudicata nach den 12 Tafeln gegeben, die im Weg der Personalexekution vollstreckt werden konnte. [1])

Eine Vollstreckung auf ein positives Tun war dem römischen Recht aber auch später noch lange Zeit fremd. Nur im öffentlichen Interesse ist es möglich, ein facere durch multa oder prensio zu erzwingen, so das Erscheinen im Senate, die Urteilsfällung des iudex oder arbiter, die Verwaltung einer Vormundschaft etc. [2]) Im klassischen römischen Recht während der ganzen Herrschaft des Formularprozesses (bis auf Diokletian) galt vielmehr als allgemein anerkannter Grundsatz: Verurteilt kann nur auf eine Geldsumme werden (condemnatio pecuniaria). [3]) Bestand der Klageanspruch nicht in Geld, so musste der index in die litis aestimatio verurteilen. Die Vollstreckung ist demnach immer eine Vollstreckung wegen einer Geldforderung. Der obsiegende Kläger hat jetzt die Wahl, ob er mittels der actio indicati [4]) die allerdings durch die erwähnte lex Poetelia gemilderte Personalexekution oder die nunmehr durch das prätorische Edikt entwickelte Vermögensexekution betreiben will. Auf Grund der actio indicati bekommt der Kläger nämlich die Ermächtigung durch den magistratus (meist prätor oder praeses provinciae), die Person bezw. das Vermögen des iudicatus zu ergreifen. [5]) Der Prätor ahmte bei der missio in bona das Verfahren nach, wie es schon seit langem gegen den Staatsschuldner üblich war. Er regelte das ganze Institut in umfassender Weise, nachdem in der lex Aebutia (ca. 636 a. u. oder 200 a. Chr. n) seine Machtbefugnisse eine ziemliche Erweiterung erfahren hatten. Das Verfahren beginnt mit der missio in bona und endet nach einer vorhergegangenen proscriptio mit der venditio in Form der addictio bonorum.

Ein Mittel, um die Vollstreckung eines Urteils durchzuführen, waren die cautiones indiciales, hauptsächlich die cautio indicatum

[1]) lex XII, tab. III: aeris confessi rebusque iure indicatis triginta dies justi sunto.

[2]) Vgl. unten S. 13 Anm. 5.

[3]) Gaj. IV § 48—52, 163; Wächter, Pand. 1880, I. § 111; Girard, S. 1124; Pauly, S. 690; Wächter, Erörterungen II. S. 19 ff.; Bekker, Aktionen I. S. 78, ff. Wetzell, S. 554 § 46; l. 4 § 3 D. 42.1; l. 13 § 1 D. cod G. l. 59 § 1 D. cod. l.; l. 5 § 1 D. 13.6.

[4]) Wenger (1901), Zur Lehre von der actio indicati S. 96 ff.

[5]) Girard, S. 1128.; Gaj. IV. 35; v. Bethmann-Holweg, II. § 113, 114.

solvi. Der Beklagte war zur Sicherheitsleistung verpflichtet, entweder propter genus actionis, so vor allem bei der actio indicati, oder propter personam, quia suspecta sit. [1])

Aber die Umsetzung des Anspruchs in Geld beruht nicht auf dem Kontraktswillen, sie kann immer nur ein von der Rechtsordnung eingeschlagener Notbehelf bleiben. Hiebei ist für die Realisierung des Anspruchs des Gläubigers sehr wenig gesorgt, weil der Beklagte, wenn er nicht wollte, das eigentlich Geschuldete nicht zu leisten braucht. Das prätorische Edikt, das ja immer bemüht war, das strenge ius civile in seinen Härten abzuschleifen, [2]) suchte auch diesem Uebelstand in einigen Fällen abzuhelfen, und zwar durch die actiones arbitrariae. Es sind das regelmässig Klagen auf Restitution oder Exhibition. Hier verurteilt der Richter erst dann den Beklagten zu einer Geldsumme, nachdem er ihm gemäss der in der formula enthaltenen Anweisung „nisi arbitratu tuo restituat rem." den Befehl erteilt hat, innerhalb einer gewissen Frist die intentionsgemässe Befriedigung des Klägers herbeizuführen. Aber diesem Befehl fehlte das direkt zwingende Moment; wenn der Beklagte contumax wurde, d. h. diesem Befehl nicht nachkam, dann konnte nicht aus diesem Befehl exequiert werden, wohl aber erwarteten den Beklagten andere Nachteile, die je nach der Art der Klagen verschieden waren; entweder — und das war der häufigste Fall — bekam jetzt der Kläger das Recht, lediglich durch seinen Eid, iuramentum in litem, sein Interesse zu taxieren [3]) oder die Nichtbefolgung zog Urteil mit infamia nach sich, wie bei der actio doli, oder endlich die Klage ging nunmehr auf das quadruplum, wie bei der actio quod metus cause. Hier finden wir also bereits die ersten Ansätze zu einer indirekten Erzwingung eines Tuns. — Ganz ähnlich war es bei den Interdikten. Nur ging hier der Befehl zu einem Handeln nicht vom iudex, sondern vom magistratus direkt aus. Das ganze Verfahren war eine Art Vorverfahren. Der Prätor verlangte von den Parteien eine bestimmte Handlungsweise, jedoch unter gewissen tatsächlichen Voraussetzungen. Dann schliessen die Parteien gegenseitig sponsiones ab, worauf

---

[1]) Girard, a. a. O.; Gaj. IV. 102.

[2]) Jus praetorium est, quod praetores introduxerant adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam l. 7 § 1 D. 1,1 (Papinian).

[3]) Diese Möglichkeit ist vor allem anerkannt bei der Klage, womit eine Rechnungslegung verlangt wird; l. 7 pr. D. 26, 7.

sich ein ordentlicher Prozess über die sponsiones entspann. Implicite wird in dem ergehenden Urteil auch festgestellt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Befolgung des prätorischen Befehls gegeben waren. [1]) An dieses Urteil über die sponsiones gliederte sich schliesslich noch ein iudicium secutorium, [2]) worin der Gehorsam gegen das prätorische Interdict erzwungen werden soll. Dieser Gehorsam sollte durch eine multa herbeigeführt werden, die von Zeit zu Zeit erneuert werden konnte, bis der contumax entweder sich fügte oder bis ein gesetzliches Maximum erreicht war. [3])

Allerdings ist die hier vertretene Annahme, dass die actio arbitraria bei Ungehorsam des Schuldners wie bei jedem gewöhnlichen Prozess auf eine Verurteilung in Geld hinauslief, nicht unbestritten. [4]) Denn gegenüber den für unsere Ansicht anzuführenden Stellen [5]) können auch die Gegner, die eine direkte Exekution des arbitrium annehmen, Quellenstellen [6]) ins Feld führen. Burckhard und Ubbelohde ist es jedoch gelungen, die Beweisführung der Gegner zu entkräften. [7])

Wir dürfen also aus der ganzen Struktur des Formularprozesses folgern, dass die Erzwingung einer Handlung regelmässig ausgeschlossen war, wiewohl Verträge auf Handlungen schon ziemlich häufig waren. So waren besonders Verträge mit freien Arbeitern üblich über operae illiberales, locari solitae, wovon in dem Digeste des öfteren die Rede ist. [8]) Bei Stipulationen auf solche Handlungen wurde es auch gang und gäbe, sich für den Fall der Nichterfüllung eine gewisse Summe versprechen zu lassen, um so den Beweis des Interesses zu umgehen. [9]) Allgemeine Voraussetzung bei Verträgen auf eine Handlung war aber, dass die Leistung ein Vermögensinteresse für den Gläubiger hatte, weil sonst überhaupt keine obligatio

[1]) Witte, Das interdictum uti possidetis S. 42 (Leipzig 1863).

[2]) Gaj. IV. 139—170.

[3]) Huschke, Die Multa und das Sacramentum S. 91, vgl. auch Ziv. 37. 51; l. nn. § 12 D. 43. 13.

[4]) Burckhard, Ausführl. Erläuterungen d. Pandekten nach Hellfeld, begründet von Glück, fortgesetzt v. D. Hugo Burckhard, Ser. d. Bücher 39 u. 40, I. Teil S. 224 ff. (Erlangen 1871); v. Bethmann, II. S. 659; Wächter, Erörterungen, Heft 2 S. 19 ff.

[5]) Gaj. IV. 163; l. 18 pr. D. 4, 3; l. 5 D. 43.1.

[6]) l. 68 D. 6, 1; l. 36 D. 40, 12; l. 2 § 4 D. 39, 3; l. 6 § 7 D. 39, 3.

[7]) Burckhard, S. 229 ff.; Ubbelohde, Die Interdicte II. S. 273.

[8]) l. 2 § 1 D. 19, 2; l. 22 § 2; l. 25 § 7 cod. loco.

[9]) l. 11 D. 46, 5; § 7 J. 3, 15.

entstehen konnte.[1]) Dieses Prinzip finden wir um so erklärlicher, wenn wir uns den Hauptgrundsatz des Formularprozesses vergegenwärtigen, wonach nur auf Geld kondemniert werden kann. Eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts mag hier noch hervorgehoben werden, nämlich, dass eine wissenschaftliche, geistige Tätigkeit nicht Gegenstand einer Obligation sein konnte;[2]) nicht etwa, weil der Römer eine solche Tätigkeit nicht geldeswert fand, sondern im Gegenteil, weil er zu hoch von der Wissenschaft dachte, als dass er sie in Geld anschlagen wollte.

So stand es im gewöhnlichen Prozess, im ordo iudiciorum privatorum. Daneben aber gab es zahlreiche und mannigfaltige Fälle, die der magistratischen Cognition vorbehalten waren, wo magistratische Verfügungen erlassen wurden (extra ordinem cognoscere). Hier haben wir nicht die Zweiteilung des Prozesses in ein Verfahren in iure und in indicio; hier spielt sich der ganze Prozess in iure ab. Hier auch wird der Beklagte auf die Erfüllung der wirklich ihm obliegenden Leistung verurteilt. Die Ausführung des Urteils bleibt immer in der Hand des cognoscierenden Magistrates und zwar hält die betreffende Behörde auf ihr imperium gestützt mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln (multa, vinculo, verbera[3]) zur Erfüllung an. So befiehlt sie z. B. die Herausgabe der vormundschaftlich verwalteten Gelder und Rechnungslegung, Uebernahme der Vormundschaft von Seite des anerkannten Tutors etc.[4]) Besonders aber bei vorherrschend öffentlichen Interessen trat diese Art des Prozesses und der Vollstreckung ein, so bei Erzwingung einer Rechnungslegung eines Beamten, Uebernahme des Schiedsrichteramtes etc.[5]) In diesen Verfahrensarten wird sonach zuerst in weitestem Masse das Prinzip der Geldkondemnation verlassen.

Von der Verlöbnisklage haben wir oben behauptet, dass die Verurteilung auf eine Geldsumme sich hier am allerersten herausgebildet zu haben scheint, in dieser Periode jedoch haben die Römer bezüglich der sittlichen Idee bei Verlöbnis und Ehe eine andere Rechtsanschauung gewonnen, die auch unserem Rechts-

---

[1]) l. 9 § 2 D. 40, 7.

[2]) l. 1 pr. D. 11, 6; l. 19 § 10 D. 19, 2; l. 38 § 1 D. cod. l.

[3]) Cic. de leg. III. 3; Magistratus nec oboedientum et noxium circum multo vindis verberibus coerceto.

[4]) Wächter, Pand. (1880) I. § 111; l. 3 pr. D. 43, 4; l. 5 § 27 D. 36, 4; l. 1 pr. D. 26, 7.

[5]) Vgl. oben S. 10 Z. 9 ff. Anm. 2.

empfinden mehr entspricht. Jetzt ist das Verlöbnis überhaupt nicht mehr bindend; nicht einmal aus dem Versprechen einer Konventionalstrafe war mehr eine actio gegeben.[1]) Ein Verlöbnisbruch hat nur mehr Verlust der sponsalicia zur Folge.[2]) Ebensowenig gab es eine rechtlich anerkannte Pflicht zur Aufrechterhaltung einer einmal geschlossenen Ehe; vielmehr konnte jeder Teil einseitig die Ehe lösen.[3])

Nach dem Untergang des Prozesses per formulam im nachklassischen Prozesse, der sich überhaupt an das Cognitionsverfahren der klassischen Periode ziemlich eng anschliesst, ist der Grundsatz, dass jede Verurteilung auf Geld gehen müsse, wesentlich eingeschränkt.[3]) Wächter[4]) und Sintenis[5]) gehen sogar soweit, zu behaupten, dass bei Klagen auf ein Tun das Urteil stets auf die Handlung selbst gegangen sei. Sie stützen sich dabei auf folgende Quellenstellen: l. 17 C. 7,4; l. 14 C. 7,45;[6]) § 2 J. 4,17; § 32 J. 4,6.[7]) Allerdings könne die Exekution selbst wieder nur auf das Interesse gehen, während Bayer[8]) noch weiter geht und die These aufstellt, es habe auch eine direkte Vollstreckung auf die eigentliche Handlung stattgehabt; und zwar habe das Gericht zuerst versuchen müssen, den Verurteilten durch Geldstrafen, Einlegen von Wachen etc. zur Handlung zu nötigen, und erst bei erfolglosem Versuch sei das Interesse in Geld zu exequieren gewesen. Dem traten Wetzell[9]) und v. Bethmann-Hollweg[10]) mit Recht entgegen; es sei vielmehr die Veranschlagung in Geld noch immer die Regel. Besonders geht aus l. 13 § 1 D. de re ind. (42,1) und § 7 J. 3,15 unzweifelhaft hervor, dass bei Verträgen auf ein Tun das Urteil auf Geld gerichtet war und dementsprechend auch die Vollstreckung aus einer Geldforderung durchgeführt wurde. Der Grund ist nicht sowohl der, dass noch zu Justinians Zeiten man in dem indirekten

---

[1]) l. 134 pr. D. 45,1: honestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta.

[2]) l. 1 u. l. 5 C. 5,1; l. 54 C. 1,3; l. 2 D. 24,2.

[3]) Pauly, a. a. O.

[4]) Wächter, Pand. I. § 111; Wächter, Erörterungen II. S. 20 ff.

[5]) Sintenis, Giess. Ztschft. f. C.R. u. Pr. XI. 2 § 9.

[6]) . . . ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare.

[7]) Curare autem debet iudex ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat.

[8]) Bayer, Vorträge über den ordtl. Z.P. (7. Aufl. 1842) S. 692—703.

[9]) Wetzell, a. a. O. § 50 IV. S. 649; § 46 Note 23.

[10]) v. Bethmann-Hollweg III. S. 293 ff.

Zwang zu einem Tun einen bedenklichen Eingriff in die Freiheit des Schuldners gefunden hätte, als weil dies der kürzeste und sicherste Weg war, dem siegenden Gläubiger zu dem Seinigen zu verhelfen, während erzwungenes Tun selten für ihn Wert haben würde. Die l. 14 C. 7,45, die die Gegner unserer Anschauung zitieren, will durch den nur beiläufigen Ausdruck „vel facturum“ nichts an dem herkömmlichen Grundsatz ändern und will hier auch gar nicht den Inhalt der Kondemnation bestimmen; das facere kann daher an dieser Stelle auch auf ein restituere bezogen werden.

§ 3. Das Deutsche Recht.

Im altgermanischen Recht gibt es überhaupt keine Zwangsvollstreckung von Urteilen.[1]) Es gab bei dem noch lange Zeit andauernden Misstrauen der Germanen gegen Beamte mit weitreichenden Befugnissen gar keine öffentliche Gewalt, die den Handlungen des Einzelnen Zwang anlegen konnte. Jeder Versuch einer zwangsweisen Vollstreckung eines Urteils wäre als schwerer Eingriff in die Freiheit und in den heiligen Hausfrieden des Einzelnen angesehen worden. Wenn ein Prozess entschieden war, dann hatte der Beklagte die Pflicht, seinem Gegner durch freiwillige Erfüllung des Urteils zu seinem Rechte zu verhelfen; widrigenfalls setzte er sich selbst ausserhalb des Rechts, er wurde dadurch zum Ungenossen, er wurde friedlos. Die Friedlosigkeit ist aber keine Exekution, also auch kein indirektes Zwangsmittel, denn jede Exekution ist ein rechtlich geregeltes Verfahren, ein Verfahren gegen einen Rechtsgenossen, die Friedlosigkeit ist überhaupt kein Rechtsverfahren, sondern ein tatsächliches Verfahren.[2]) Auch für die Zeit nach der Völkerwanderung ist anzunehmen, dass, wenn es sich nicht um Hab und Gut, sondern um Erzwingung einer Handlung drehte, es beim alten Recht verblieb.[3]) Auch dem altschwedischen Recht ist eine zwangsweise Vollstreckung einer im Urteil festgestellten Verpflichtung zu einem Tun völlig fremd; nur wenn der Verlober einer Braut sich weigert, diese am festgesetzten Tage dem Bräutigam zur Frau zu geben, war Vollstreckung möglich. Es entstand dann eine Bussschuld; wenn diese nicht erfüllt wurde, trat Friedlosigkeit ein.[4])

[1]) Eichhorn, S. 120 ff.; Meibom S. 39; Osenbrüggen S. 34.

[2]) v. Amira, Nordgerman. Oblig.-R. I. S. 109.

[3]) Siegel, I. S. 240; lex Salica 56, „rex eum extra sermonem suum ponet“.

[4]) v. Amira, Nordgerm. Oblig.-R. S. 110. — Meist jedoch gab der Vater der Braut dem Verlobten ein Pfand dafür, dass er das Versprechen erfüllen werde.

Im übrigen waren Verpflichtungen eines Germanen zu einem Handeln, zu einer Arbeit, die durch Urteil hätten festgestellt werden müssen, nicht gerade häufig; auch der Germane hielt es ja unter der Würde eines freien Mannes, körperliche Arbeiten ausser Jagd und Kriegführen zu verrichten und überliess diese den Frauen, Greisen und Kindern. [1])

Die Friedlosigkeit an Stelle der Zwangsvollstreckung ist erst in den Stadtrechten verschwunden und hier ist sie ersetzt durch Bussen, Leibes- und Lebensstrafen und Stadtverweisung.

In der Karolingischen Zeit entwickelte sich die Exekutivschuldknechtschaft, die eine Personalexekution darstellt, während die Acht gemildert wurde; die Friedlosigkeit wird jetzt auch als Lokalacht vom Königsgericht ausgesprochen. Diese Massnahmen sind aber nicht Vollstreckungsmittel, sondern Ungehorsamsfolgen, Strafen für den hartnäckigen Rechtsverächter. Das Urteilserfüllungsgelöbnis, das in der lex Salica (art. 50) erwähnt wird, hat nur Bedeutung für die Fälle, wo das Urteil auf eine Geldsumme lautet. [2])

Zur Eingehung einer Ehe zu zwingen, widersprach der deutschen Rechtsauffassung. Wenn der Bräutigam seinen mit dem Muntwald der Frau geschlossenen Vertrag, worin er sich verpflichtete, die Braut als Frau zu nehmen und für den Uebergang des Mundiums einen Muntschatz zu zahlen — also lauter Verpflichtungen, die in einem positiven Tun bestehen — nicht einhielt, so musste er eine Busse zahlen. [3]) Einige Gesetze haben die Nichterfüllung des Vertrags — und die einseitige Trennung der Ehe in gleicher Weise — mit schweren Strafen bedroht. [4]) Wohl aber war eine Trennung unter beiderseitigem Einverständnis möglich. [5]) Es wird also nur indirekt das widerrechtliche Verhalten durch eine Strafleistung ausgeglichen: Die Strafe, die statt der Exekution auf Vollzug des Verlöbnisses ausgesprochen wurde, war eine compositio.

Auch die Erfüllung eines Dienstvertrags wurde nicht direkt vollstreckt. Mangels einer Vorschrift des geschriebenen Rechts

---

[1]) Tacitus, Germania c. 15.

[2]) Behrend, Zum Prozess der lex Salica in Festgabe für Aug. Wilh. Heffter, Berlin 1873 S. 81.

[3]) l. Sal., Extrar. A. c. 1: Si quis filiam alienam ad conjugium quaesierit ... et postea se retraxerit et eam accipere noluerat ... solidos 62½ culpabilis videtur. Pertz, leges III. S. 62; l. Alam. Hloth 53; l. Bajur. VIII. c. 15. 17 (Pertz III. S. 300).

[4]) L. Visigoth., l. III. A. 1 c. 4; l. Alem. addit. c. 30.

[5]) Form. Marculf, II. 30.

entlehnte man hiefür die für die Säumnis in der Rückzahlung eines Darlehens angewandten Strafen.[1] Man kann mit Löning annehmen, dass die in den Gesetzen nur bei einzelnen, häufig vorkommenden Vertragsarten ausgesprochenen Rechtsfolgen der verweigerten Erfüllung auf dem höheren Prinzip beruhen, wonach der Inhalt einer jeden versprochenen Leistung, solange immer möglich, verwirklicht werden muss und wonach ferner, falls diese Verwirklichung nicht in dem vom Recht erforderten Zeitpunkt geschehe, das hierin liegende Unrecht durch Strafen zu sühnen ist. Dieses im Volksbewusstsein wurzelnde Rechtsprinzip findet seine praktische Verwendung teils in den Stipulationen in den Vertragsinstrumenten, teils im Urteilsspruch des Richters.[2]

Vom 9. bis 12. Jahrhundert versiegen die Quellen unseres Rechts; es ist die Zwischenzeit zwischen den Volksrechten und den Rechtsbüchern des Mittelalters. Von nun an unterscheidet man in bürgerliche, peinliche und gemischte Prozesse, während noch die fränkische Zeit Zivil- und Strafprozess nicht auseinander hielt, vielmehr der Zivilprozess noch ganz in den Banden des Strafprozesses lag.[3] Das ganze Vollstreckungsverfahren im Zivilprozess ist auch jetzt noch lediglich auf Erzwingung von Geldschulden zugeschnitten. Trotzdem ist der Gedanke, wie wir ihn im römischen Recht angewandt finden, dass jede Schuld, um beigetrieben werden zu können, zuvor in eine Geldschuld umzuwandeln ist, dem deutschen Recht von jeher fremd gewesen und fremd geblieben.[4] Vielmehr wurden die Grundsätze, die für die zwangsweise Befriedigung wegen einer Geldschuld gelten, entsprechend auf die Erzwingung von Handlungen angewandt. Die in den verschiedenen Quellen angeführten Zwangsmittel sind im wesentlichen beschränkt auf das Recht der Freiheitsentziehung. Daraus entwickelt sich allmählich die Schuldknechtschaft, indem der Gläubiger das Recht bekommt, den Schuldner solange als Schuldknecht zu behalten, bis die Urteilsschuld, eventuell die Handlung erfüllt wurde.[5] Der Gläubiger konnte den Schuldner zur Arbeit anhalten. Neuerdings tritt dann statt der Schuldknechtschaft die Schuldgefangenschaft ein: der Gläubiger

[1] Löning, S. 82.

[2] Löning, S. 86; Heusler, S. 29; Beseler, I. S. 281.

[3] Schröder, S. 708 ff.

[4] Planck, S. 259.

[5] Magdeburg VI 98; Stendal 3 § 8; Goslar § 4, 31; Goslar 70, 28; 23, 30; 27, 39; 97, 12; Hamburg IX 13 R. Ldr. (cd. Hohmeyer 1857) 41 § 7.

kann den Schuldner, der ihn nicht befriedigt, in Banden legen, ihn fesseln. Endlich wird die Privathaft durch die öffentliche Haft verdrängt: der Schuldner wird auf Kosten des Gläubigers in einem öffentlichen Verliess („Stadteisen") eingesperrt. Der Schuldner kann aber auch der ihm drohenden Gefahr der Einsperrung dadurch entgehen, dass er freiwillig eine Sicherheit dem Gläubiger bietet dafür, dass er die Handlung rechtzeitig vornehmen werde; insbesondere kann er auch eine Abfindung in Geld dem Gläubiger anbieten. Die praktische Bedeutung beruht eben darin, dass weniger durch die wirkliche Ausführung, als die Möglichkeit der Ausführung ein Druck auf den Schuldner selbst, seine Familie oder seine Freunde ausgeübt wird. Schliesslich ist es in den Stadtrechten ein allgemeiner Rechtsgrundsatz geworden, dass der Schuldner, der nicht erfüllt, auf indirekte Weise durch Verpflichtung zur Zahlung eines Gewettes gezwungen wurde. Dieser Grundsatz ist zuerst in den Stadtrechten einiger grösserer Städte wie Magdeburg (I. 6. 9) zum Durchbruch gelangt und findet von da aus, da durch Bewidmung viele andere, neu sich entwickelnde Städte das Recht solch grosser und alter Städte recipierten, seinen Eingang in die meisten Stadtrechte.

Das Prinzip des Mittelalters ist also, möglichst die festgestellte Leistung selbst zu erzwingen. Auch wenn die Handlung nun nicht vorgenommen wird, bleibt die Verpflichtung zur Vornahme nach wie vor bestehen und die Zwangsmassregeln werden eben solange fortgesetzt, bis ein Erfolg eintritt oder der Gläubiger auf weitere Vollstreckung verzichtet. Als Verpflichtungen, die einer direkten Zwangsvollstreckung gar nicht zugänglich sind, kommen vor allem drei in Betracht: einen Schiedsspruch zu fällen, ein veräussertes Gut aufzulassen, ins Einlager zu ziehen. Zwar ist gerade die letzte Verpflichtung selbst schon Exekution, aber sie beruht nicht auf dem öffentlichen, staatlichen Zwangsrecht, sondern auf Vertrag und stellt somit eine Vertragsverpflichtung zu einer Leistung dar. In allen Fällen lautet das Urteil auf Leistung. Wenn der Verurteilte auch dann noch die Leistung verweigerte, dann können von Rechtswegen Zwangsmassregeln über den Rechtsweigerer verhängt werden, die auf seinen Willen einzuwirken geeignet und bestimmt sind. Hiebei sind alle möglichen Zwangsmittel sowohl gegen die Person, wie gegen das Vermögen des hartnäckigen Schuldners zugelassen.[1]) Insbe-

[1]) Magdeburg-Breslauer system. Schöffenrecht, herausg v. Laband (1863), Berlin II 2c 45; Münchener Stadtr. art. 21; Bayr. Landrecht art 26, art 248; Stadtr. v. Freising v. 1359 art: mer umb schidung; Augsburger Stadtr. art 113

sondere hat sich die Konventionalexekution eingebürgert in Form des Versprechens, ins Einlager zu ziehen, wenn man eine persönliche Leistung nicht rechtzeitig erfülle.[1]) Dieser Zwangsmassnahme pflegte man sich häufig zu unterwerfen bei Uebernahme der Verpflichtung zum Schiedsspruch, zur Bestellung eines Bürgen, Auflassung eines veräusserten Grundstücks etc. Ausnahmsweise wird in der constitutio generalis[2]) von König Heinrich VII. (1234) für die Nichterfüllung eines Versprechens sofort die Reichsacht angedroht, wovon man sich nur durch Leistung des duplum wieder befreien konnte. Allerdings bezog sich diese Rechtsvorschrift nur auf die Verwaltung der Rechtspflege und vor allem auf die Handhabung der Landfriedensgesetze. Der Zweck ist eben, es soll dem Berechtigten durch strenge Bestrafung des Schuldners jeder Grund zur Fehde genommen werden.

Besonders eingehende Normen finden wir in allen Stadtrechten und Zunftrollen des Mittelalters bezüglich des Dienst- und Gesindevertrages. Dabei sei von den hörigen Dienstpflichtigen abgesehen; denn diese sind ja jedem persönlichen Zwang seitens ihres Herrn unterworfen. Dagegen die Verpflichtungen der Freien beruhen lediglich auf dem Gelöbnis der Vertragsschliessenden.[3]) Gegenüber den Gesellen oder Schiffsknechten oder gegenüber dem freien Gesinde gab es keine Klage auf Vollzug und auch dementsprechend keine Exekution auf Vollzug des Vertrags. Die Rechtsfolgen der Nichteinhaltung des Vertrags sind vielmehr Vermögensnachteile, so nach Sps. II 23 § 3 Verlust des Anspruchs auf Lohn, Pflicht zur Herausgabe des bereits Empfangenen und eine Art poena dupli: der Dienstpflichtige musste dem Herrn als Busse einen dem Lohn gleichkommenden Betrag zahlen. Bald auch sind wirkliche Strafen für diesen Vertragsbruch angedroht, so Landes- bezw. Stadtverweisung und sogar Kerker.[4]) In den Zunftordnungen befinden sich Bestimmungen, dass der vertragsbrüchige Geselle oder Knecht nirgends mehr in der Stadt in Diensten genommen werde; dies stellte bei dem bis ins 19. Jahrhundert hinein geltenden strengen

---

Zus. 5; Ssp. I 9 § 2; Hamburg. R. 1270 Ic 14; Richtsteig Ldr. c 18. 19 §§ 3. 4 Brünner Schöffenbuch c 82; Glogauer Rechtsbuch c 515 u. a.

[1]) Friedländer, „Das Einlager", S. 32. 103.

[2]) Pertz II, 301.

[3]) Löning, S. 462 ff.

[4]) 2. B. Ehehaltenordnung von Thierhaupten (Bayern) von 1475 § 15 bei Grimm VI. 200 (Kleistb).

Verbot der Koalierung der Arbeitnehmer eine sehr wirksame Massnahme dar, da so jedes Remonstrieren gegen die in der Zunft vereinten Meister ausgeschlossen war.

Im übrigen geht die Entwicklung im einzelnen in den verschiedenen Rechten weit auseinander, je nachdem die einen mehr die vermögensrechtlichen Folgen in den Vordergrund rücken oder andere mehr die Widerrechtlichkeit des Vertragsbruches als solche betonen.

Dass man überhaupt in jener Zeit vor Personalexekution durchaus nicht zurückschreckte, das beweist deutlich die Praxis vor den verschiedenen kaufmännischen Handelsgerichten, speziell das Verfahren in Wechselsachen. Gerade für den Kaufmann war — und ist — ja prompte Exekution von jeher von grösster Wichtigkeit; deshalb finden wir auch überall, wo kaufmännische Handelsgerichte bestanden, bei den Zünften und auf den Messen Vollstreckung gegen Vermögen und Person. Besonders in Italien — in den oberitalienischen Handelsstädten durchweg — war persönliche Captur schon frühzeitig anerkannt, zum mindesten schon im 13. und 14. Jahrhundert.[1]) Auch im Exekutivprozess vor den gewöhnlichen Gerichten war schon im 15. Jahrhundert diese durchgreifende Vollstreckung gegen die Person zugelassen. Dieser Exekutivprozess tauchte dann im 16. Jahrhundert in Deutschland auf, allerdings wurde die Personalexekution hiebei erst eingeführt durch Partikularrechte, so z. B. durch Kurfürstl. Sächsische Marktrescripte von 1621 und 1660.[2]) [3])

In Wechselsachen war Personalarrest als Exekutionsmittel besonders eingebürgert. Der „rigor nundinarum“ [4]) ist jedenfalls ein Ausfluss der alten germanischen Uebung, den Schuldner streng zu behandeln und auch seiner Person nicht zu schonen, was in der Verbindlichkeit zu Hand und Halfter eine so eigentümliche Form gewonnen hatte. Diese Personalexekution gelangte von den italienischen Städten aus durch Händler auf den Messen in Frank-

---

[1]) Biener, Wechselrechtl. Abhandlungen, Leipzig 1859, S. 414 ff.; Biener, Histor. Erörterungen über den Ursprung des Wechsels. Leipzig 1846. S. 143 ff.; Martens, Versuch einer histor. Entwicklung d. Ursprungs d. W. R., Göttingen 1797; Kohler, in Ztschrft. f. deutschen Zivilprozess, 80 S. 198 ff.

[2]) Biener, Histor. Erörterungen, S. 79.

[3]) Auch in Frankreich und England gibt es schon im 16. Jahrhundert Personalexekution. Biener a. a. O. S. 77.

[4]) Kuntze, Deutsches Wechselrecht, Leipzig 1862 S. 151.

reich und Burgund und auf grund partikulärer, von Handelsusancen beeinflusster Rechte in Deutschland zur Aufnahme. Damals also war wohl nichts weniger als die Zeit der „Gläubigernot“. Wenn nun schon für Geldschulden dieses stärkste Exekutionsmittel so allgemein eingeführt war, um so begreiflicher mag es erscheinen, dass man bei Handlungen, wo jede andere Vollstreckung versagen musste, zu diesem Exekutionsmittel griff.

§ 4. Das kanonische Recht.

Die Kirche hat von jeher als Ausfluss der summa potestas eine Richtergewalt zur Sicherung streitiger Rechte für sich in Anspruch genommen.

Schon im Anfang des 4. Jahrhunderts haben die Bischöfe bei Konstantin eine wirkliche geistliche Gerichtsbarkeit durchgesetzt, die aber 398 schon wieder beseitigt wurde. Justinian hat dann für Streitigkeiten der Kleriker unter sich und für Klagen gegen Kleriker wieder die geistlichen Gerichte anerkannt. Im Frankenreiche ist eine geistliche Gerichtsbarkeit beinahe vollkommen ebenbürtig der weltlichen zur Seite gestellt. Wenn es auch zunächst der Kirche nur um das privilegium fori der Kleriker zu tun war [1]) — und zur Erreichung dieses Zieles schreckte man auch vor Fälschungen nicht zurück, wie die pseudoisidorischen Dekretalen beweisen —, so verlangte doch die Kirche stets — und sogar theoretisch bis heute — auch noch in andern Dingen eine Kompetenz für sich: in causae spirituales, worunter vor allem die Ehesachen fielen, weil die Ehe ein Sakrament ist, in causae spiritualibus annexae — hieher gehören Streitigkeiten über Patronat, Zehnten, Eid, Testament —, in Prozessen der Witwen, Waisen und Armen und in Fällen der Justizverweigerung der weltlichen Rechtspflege. Diese Postulate hat die Kirche mit mehr oder weniger Energie in Deutschland in die Wirklichkeit umzusetzen verstanden, je nachdem die politische Machtverteilung im Reich es gerade erlaubte. Für das materielle und formelle Zivilrecht, das vor den bischöflichen Gerichten zur Anwendung kam, galt, soweit nicht besondere kirchliche Gesetze da waren, der Satz: ecclesia vivit lege Romana. Zwischen dem römischen Recht und dessen Rezeption in Deutschland hat sich jedoch als Mittelglied der romanisch-kanonistische

[1]) Vgl. Motu proprio Quantavis diligentia von 1911.

Prozess entwickelt, wie ihn am besten Durantis († 1296) [1]) in seinem „speculum juris“ darstellt. Der kanonische Prozess hatte schon im 12. Jahrhundert zahlreiche Bearbeitungen gefunden, so durch Tancredus, der von Durantis benützt wurde, durch Bulgarus, Damasus, Bonaguida u. a. Nach Durantis bildet die Libellenklage die Grundlage der Sentenz; diese geht immer auf den Anspruch selber. Die Exekution von Zivil- und Strafurteilen wird nicht auseinandergehalten. [2]) Es gilt für ausgemacht, dass der weltliche Richter das Urteil des geistlichen Richters vollstrecke. Der Kirche stehen zur Erzwingung ihrer Urteile sowohl kirchliche wie weltliche Zwangsmittel zur Verfügung. Zunächst gilt jeder Vertragsbruch als Sünde: Die Erfüllung eines Vertrages wird daher durch kirchliche Zensuren erzwungen. [3]) Daneben bediente sich die Kirche auch der weltlichen Zwangsmittel, [4]) wie der Pfändung und der Geldstrafen. [5]) Auch das Einlager [6]) und die Schuldhaft sind im kanonischen Recht anerkannt. Zwar ist es gerade bezüglich der Schuldhaft bestritten, aber nach Marunt. nr 56 genossen doctores legentes und Kleriker das Privileg der Befreiung von der Personalexekution [7]), also muss die Haft im übrigen als Zwangsmittel verwendet worden sein. Die Vollstreckung in einer dieser Formen konnte der Gläubiger verlangen entweder auf dem Weg der actio iudicati oder der imploratio officii iudicis; denn der Gewaltgebrauch kann jetzt nur mehr von der gesetzlichen Autorität, nicht von demjenigen, zu dessen Gunsten und Rechtsschutz der Spruch erging, ausgehen. Wenn Handlungen zu erzwingen waren, so wurde vom Richter entweder eine Geldsumme festgesetzt und auferlegt, oder es werden andere zum Ziele

---

[1]) Ausgabe Francof. 1592, s. Savigny, Geschichte des römischen Rechts, Bd. V S. 591.

[2]) Endemann in Ztschrft. f. D. Z. P. Bd. XV (1891) S. 311 ff.

[3]) c. 1 X. I. 35. Antigonus Episc. dixit: Aut inita pacta suam obtineant firmitatem aut conventus, si se non cohibuerit, Ecclesiasticam sentiat disciplinam. — Dazu sagt die Glosse: Inter simplicem loquelam et juramentum non facit deus differentiam; c. 3 eod. Qualitu in Sardinia: Studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur.

[4]) Wetzer, Welte's Kirchenlexikon, 1866 IV. S 1079; c. 14 X. 1, 31; c. 10 X. 2, 1; c. 5 X. 2, 6; c. 43 X. 1, 3.

[5]) Concil. Trident. 1563 Sessio 25 de reformat: (c. 3 · liceat (iudici) in causis civilibus per multas pecuniarias seu per capenionem pignorum... executionem faciendam.

[6]) c. 9. X. II. 24.

[7]) Endemann l. c. S. 316.

führende Zwangsmittel, wie oben angeführt, angewandt.[1]) Dieselben Regeln gelten auch für den Vollzug der Ehe und der Wiederherstellung des ehelichen Lebens. Wie schon erwähnt, gehörten diese Sachen zu den causae mere spirituales und unterstanden als solche durchweg der geistlichen Gerichtsbarkeit bis in die neueste Zeit herein, wo neben der weltlichen Gerichtsbarkeit eine geistliche nicht mehr geduldet wird.[2]) Böhmer jus eccles. prot. tom. III lib. IV tit. I § 54 berichtet von den in Ehesachen angewandten Zwangsmitteln, ja sogar von Zwangskopulation, bei welcher der Verurteilte „sein Jawort nicht geben wollen, sondern sich vielmehr mit dem Bauch zur Erde gelegt und seinen Widerwillen beharrlich kontestieret". Es wurde gleichwohl fortgefahren und sein Konsens suppliret.[3]) [4]) Auch Executivstrafen durch Geld und Gefängnis kamen vor. Das corpus juris canonici bringt hingegen anderwärts zum Ausdruck, dass hier Zwang nicht am Platze sei, der Richter soll es zunächst versuchen, durch blosse Ermahnungen die Eingehung der Ehe zu erwirken.[5])

Wir sehen hiernach, dass in Bezug auf Erzwingung von Handlungen die Kirche vollkommen vom römischen Recht abgewichen ist, indem sie in allen Fällen ohne Umwandlung in Geldansprüche Zwangsmittel jeder Art anzuwenden erlaubte. Der Zwang war zuerst ein rein kirchlicher; da jedoch damit nicht immer durchschlagender Erfolg anscheinend erzielt wurde, weil die kirchlichen Zensuren nicht nachhaltig genug bei ihrer Schwäche wirkten, beanspruchte und erhielt die Kirche das brachium saeculare zur Erzwingung seiner stets auf den Anspruch bezw. die Handlung unmittelbar gehenden Urteile.

---

[1]) N. München: Das kanonische Gerichtsverfahren (Köln und Neuss 1865) S. 316 ff.

[2]) Vgl. G. V. G. §§ 15 II. 16.

[3]) Dernburg, Pandekten (1894), Bd. 3 S. 12 Anm. 16.

[4]) Vgl. auch Kohler in Ztschr. f. civ. Praxis, 80. S. 246 N. 2; Z. f. Geschichte des Oberrheins, XXVIII. S. 127. Der Diakonus sagt ex mandato Serenissimi das Ja. Vgl. auch Richter Kahl, Kirchenrecht, 1886, S. 1198.

[5]) c. 10 i. f. X. IV, 1; c. 13 i. f. X. II, 13; c. 17 i. f. X. IV, 1; Lucius III. Requisivit a nobis tua frater, qua censura mulier compelli debeat, quae juris jurandi religione neglecta nubere renuit, cui se nupturam interposito iuramento firmavit: ad quod. b. r. quod. cum libera debeant esse matrimonia, monenda est potius quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere.

§ 5. Gemeines Recht.

Der gemeine deutsche Zivilprozess ist ein Niederschlag von Rechtssätzen aus den in den früheren Kapiteln behandelten drei Rechtssystemen. Die wichtigste Quelle ist das kanonische Recht; das Verfahren vor den geistlichen Gerichten hinwiederum ist in den Anfängen vor allem vom römischen Recht beeinflusst, später aber hat es sehr viele germanische Rechtsinstitute in sich aufgenommen. Besonders waren die päpstlichen prozessrechtlichen Gesetze, aus der Zeit hervorgewachsen, geeignet, sich den weltlichen Gerichten anzupassen. Ein einheitliches Reichsgesetz über den Zivilprozess, wie es die Constitutio Criminalis Carolina (1532) für den Strafprozess darstellte, fehlte ja den deutschen Landen bis in die Zeit des neuen Reichs herein; es gab vielmehr im alten Reich nur eine Reihe von Reichsgerichtsordnungen bezw. Reichs-Kammergerichtsordnungen.

Demnach beruhte auch das gemeine Exekutionsverfahren zum Teil auf römischem Recht, zum Teil auf alten deutschen Rechtsanschauungen, endlich zum grossen Teil auf kanonischem Recht. Dieses Konglomerat war nun modifiziert und ergänzt nach den Regeln der Zweckmässigkeit durch den Gerichtsgebrauch.

Die wichtigsten gemeinrechtlichen Quellen für das Gebiet der Vollstreckung, die in der gemeinrechtlichen Doktrin auch „Hülfsvollstreckung“ heisst, sind folgende:

Kammergerichtsordnung v. 1521 zu Worms Tit. XXXI;

Reichsabschied v. Augsburg v. 1548;

Kammergerichtsordnung v. 1555 zu Augsburg. P. III Tit. X L, VIII. § 1;

Reichsabschied v. Regensburg v. 1654, §§ 159—162;

Aus dem Abschied der Visitation des Kais. und Heil. Reichskammergerichts zu Wetzlar v. 1713, § 83.[2])

Aus all' diesen Reichsgesetzen geht als Regel hervor, dass sich jederzeit die Verurteilung auf die schuldige Leistung, sie bestehe, worin sie wolle, in Natur richten kann. Das Judicat soll dann auch, soweit tunlich, zur Ausführung gebracht werden. Bei Verurteilung auf ein positives Tun ist das nur indirekt möglich. Als Zwangsmittel sind erlaubt und angewandt in erster Linie Geldstrafen (J.R.A. § 162). „Es werden dem Weigernden zuerst Geldstrafen unter Anberaumung einer angemessenen Frist angedroht.

[1]) Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses (1850). S. 452 ff.

[2]) Fr. Bergmann (Hannover 1819). „Corpus juris iudiciarii civilis germanici academicum.“ S. 79. 114. 256. 406.

Leistet er keine Folge und kann die Handlung nicht von einem andern ebensogut verrichtet werden, so muss der Zwang gegen den Verpflichteten durch erhöhte Geldstrafen fortgesetzt werden.“ So führt Puchta aus. [1]) Dazu hat die Gerichtspraxis bürgerliches Gefängnis gefügt; denn bürgerliches und peinliches Gefängnis [2]) sind wohl von einander zu scheiden. Dieses Zwangsmittel hat auch seit der Rezeption die germanischen Formen der Privathaft allmählich völlig verdrängt. Endlich kann auch das Mittel der Einlegung des Exekutors oder Pressers oder einer Wache angewendet werden. Es wird nämlich dem zu Exekutionen gebrauchten Unterbedienten, gewöhnlich dem Gerichtsdiener, mittels einer schriftlichen Ordre (womit er bei jeder Exekution versehen sein muss) befohlen, sich bei dem Exequendus einzulegen, d. h. in dessen Wohngelassen solange seinen Aufenthalt zu nehmen, und sich täglich bestimmte Diäten, die allenfalls die folgenden Tage erhöht werden, zahlen zu lassen, bis dem richterlichen Urteil Genüge geschehen. Zugleich wird dem Exekutor eine Frist bestimmt, nach deren Ablauf er auf jeden Fall über den Erfolg zu berichten und weitere Verhaltungsbefehle einzuholen hat. Ungebührliches Verhalten gegen den Exekutor wird nachdrücklich geahndet; tätliche Widersetzlichkeiten haben sogar kriminelle Bestrafung zur Folge. Diese Einlegung des Exekutors und die damit verbundenen Unbequemlichkeiten für den Schuldner können ein wirksames Mittel zur Beugung des Starrsinns sein, wenn er etwa nur aus Eigensinn oder Bosheit nicht Folge leistet. [3]) Bei der Anwendung der Zwangsmittel selbst soll das Gericht möglichst schonend vorgehen; es soll zunächst die den Verurteilten am wenigsten drückenden Mittel ergreifen. [4]) Wenn dann wider Erwarten der Verurteilte trotz aller dieser Pressalien in seinem Starrsinn beharrt, bleibt dem Kläger schliesslich nichts anderes mehr übrig, als sein Interesse von dem Beklagten zu fordern; das ist das letzte Auskunftsmittel, wenn alle anderen Mittel versagten, [5]) im geraden Gegensatz zum römischen Recht. Im Falle

---

[1]) Puchta, 1830, Erlangen. „Der Dienst der deutschen Justizämter und Einzelrichter.“

[2]) Martin, § 183; Puchta, S. 328 ff.; Linde a. a. O.; Renaud, § 171; Osterloh, § 117, 16; Bayer, S. 702; Quistorp I, § 81.

[3]) Puchta a. a. O.

[4]) l. 15 § 10 D de re iudicata; Martin, § 183.

[5]) Wetzell, S. 489; Renaud, S. 513; Puchta a. a. O.

des dolus des Schuldners wird der Sieger zum iusiurandum in litem zugelassen, im Falle der culpa aber wird vom Richter das Interesse geschützt und die pekuniäre Kondemnation verwirklicht.[1])

Das Verfahren bis zur wirklichen Vollstreckung eines auf Handlung lautenden Urteils geht nur schrittweise vor sich. Der obsiegende Teil muss sich zuerst an das Gericht wenden, alle Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, vor allem Rechtskraft des Urteils, genau nachweisen und einen richterlichen Befehl, dem Urteil zu gehorchen, mit Androhung richterlicher Hilfe erbitten.[2]) Denn ohne vorhergegangene, ausdrückliche Androhung der Hilfsvollstreckung darf nie zu derselben geschritten werden. Hierauf ergeht der erbetene Befehl, in dem unter Verurteilung in die Kosten des Verfahrens eine Frist bestimmt und die Exekution angedroht wird. Nach diesem Befehl richtet die obsiegende Partei einen neuen Antrag an das Gericht, einen weiteren Befehl gegen den Verurteilten zu erlassen, worin die wirkliche Vollstreckung wegen der bestimmten Handlung nun erkannt und zu dem Zweck das Nötige, also zunächst die Geldstrafe angeordnet wird. Bei Wiederholung werden diese Geldstrafen gewöhnlich auf das Doppelte erhöht. Noch nach der K.G.O. von 1555 war die Acht nach Ergebnislosigkeit dieser Art der Vollstreckung auszusprechen. Aber bald erkannte man in der Acht ein unzulängliches Mittel, wie es dann später die Wahlkapitulation Franz II. von 1792 wirklich zum Ausdruck brachte. So wurde denn im J.R.A. die Anwendung der Acht aufs Aeusserste beschränkt und dafür gemäss der Rechtssitte die anderen, oben genannten Zwangsmittel zur Anwendung gebracht. Der J.R.A. brachte auch eine Abkürzung dieses etwas schwerfälligen Verfahrens insofern, als gleich in der Definitivsentenz selbst anstatt der eigenen Exekutorialia oder Gebotsbriefe eine Paritionsfrist unter gleichzeitiger Androhung der Exekution bestimmt wurde und auf weiteren Antrag des Siegers der Obrigkeit des Verurteilten die wirkliche Vollstreckung aufgetragen wurde.

So haben wir im gemeinen Recht ein wohlausgebautes System indirekter Zwangsmittel in Staffelordnung, wie es die Theorie entwickelt hatte und die Praxis gemeinhin anwendete; die erste Voraussetzung war aber, dass das Urteil auf die Handlung selbst ging. So sagt Seyffert[3]) in Kap. 32:

[1]) Linde a. a. O.

[2]) Claproth, § 401; Knorre, 26. Hauptst. § 3.

[3]) Seyffert's Teutsch. Reichsprozess. Halle 1756.

„Wenn jemand etwas zu tun ... zuerkannt ist, so wird die Exekution durch mandata poenalia vollstrecket. Denn wenn die Bauern Dienste thun, die Schlosswache verrichten oder ein Handwerksmann einen Wagen verfertigen oder der Beklagte gewisse Documenta, wozu er sich verbindlich gemacht hat, anschaffen oder ausliefern soll, so hat man keinen andern modum exequendi, als dass man bey Geld- oder Gefängnisstrafe dem Beklagten befehlen lässt, dem iudicato ein Genüge zu leisten, auch, wenn er nicht pariret, die Geldstrafe exequiren und wenn er ein schlechter Mensch ist, auch ihn mit Gefängnis coerciren lässet und weilen man niemand zu einem facto zwingen kann, wenn der andere halsstarrig ist und alle Strafen aussteht, so muss man alsdann das Interesse liquidieren und aus des Beklagten Vermögen beitreiben lassen."

Auch die Praxis mag an einzelnen Fällen illustriert werden: Seufferts Archiv f. Entsch d. ob. Gerichte II. 272: Hier wird ein Handlungskommis, der die Konkurrenzklausel nicht einhielt, zum Verlassen des wider Verabredung angenommenen Dienstes verurteilt, weil, wie die Gründe sagen, der römischrechtliche Satz, es könne nur auf das Interesse verurteilt werden, in Deutschland nicht Aufnahme gefunden habe. An der gleichen Stelle wird ein Urteil des O.A.G. Kassel mitgeteilt vom 7. III. 1835, worin ein Verfasser auf Herausgabe der 2. Auflage einer Schrift verurteilt wurde.

In XXV. 293 wird weiterhin begründet, warum man hier nicht auf das römische Recht angewiesen sei: weil die gemeinrechtliche Praxis nach Vorgang des Reichsgesetzes von 1555 Tit. 48 § 4 und J.R.A. § 159, 160, 162 Geldstrafen und zwar im Falle fortgesetzter Renitenz des Kondemnierten steigende Geldstrafen als ordentliche Exekutionsmittel in den dazu sich eignenden Fällen anerkannt habe. Das Bestehen dieser Praxis könne nach den zahlreichen, dafür vorhandenen Zeugnissen nicht bezweifelt werden. Hier handle es sich um Auskunftspflicht des Beklagten, also um ein Handeln des Beklagten, dessen Erzwingung nur durch psychologische Nötigungsmittel bewirkt werden könne.

Endlich sei auch noch eines Falles aus Seuff. Arch. XXXII. Nr. 214 Erwähnung getan, wo ein Mitglied eines standesherrlichen Hauses verurteilt wird, sich an der Wahl eines rechtsgelehrten Mitgliedes des Familienrates zu beteiligen und dem Kläger eine geeignete Wahl vorzuschlagen. Auch hier handelt es sich um eine Verpflichtung zu einer unvertretbaren Handlung, die nach den obigen Regeln des gemeinen Rechts hätte vollstreckt werden müssen.

Bei Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung war schon im gemeinen Prozess anerkannt,[1]) dass es einer Vollstreckung überhaupt nicht bedürfe; denn mit der Rechtskraft des Urteils galt die Erklärung als abgegeben.

Was nun Verlöbnis und Ehe anlangt, so scheint sich in dieser Beziehung eine feste Praxis bei den Gerichten noch nicht herausgebildet zu haben, wie es wenigstens aus zwei in Seufferts Archiv mitgeteilten Urteilen hervorgeht. Die Regel bildete es wohl, dass aus einem Eheversprechen schon im Urteilstenor nicht mehr auf Erfüllung bezw. Eingehung der Ehe erkannt wurde, sondern dass vielmehr der Nupturient bloss auf Schadensersatz angewiesen war. So Seuff. A. VI. Nr. 208: „Ein absoluter Zwang zur Erfüllung eines selbst unzweifelhaft gültigen Eheversprechens findet nicht statt und kann die Klage aus solchem Versprechen die Verheiratung des Beklagten zufolge eines anderweit eingegangenen Verlöbnisses nicht aufhalten, weil der Gegenstand solcher Klagen nur Entschädigung sein kann.“ (Darmstadt 1838.)

Demgegenüber spricht aber gerade wieder die Entscheidung in VI. Nr. 209 sogar von Exekutionsstrafen:

„B. wurde zur Vollziehung der Ehe rechtskräftig verurteilt und die landesgesetzlich angeordneten Zwangsmittel durch Brüchen (Geldstrafen) vergeblich gegen ihn angewendet.“

Dass sich aber im Gegensatz zur kanonisch-rechtlichen Praxis der in der Erstentscheidung enthaltene Grundsatz eher Geltung zu verschaffen vermochte, und zwar sowohl aus Billigkeits-, wie aus Zweckmässigkeitsgründen, wie auch aus Gründen der Moral, mag man aus einem Urteil aus Seufferts Archiv VII. Nr. 59 ersehen: Hier heisst es: „Das römische Recht kennt weder eine Klage auf Erfüllung des Verlöbnisses, noch Interesseforderungen wegen Nichterfüllung. Dagegen gibt das kanonische Recht eine Klage auf Vollziehung der Sponsalien und zu diesem Ende Zwangsmittel. Von der Praxis wird aber wegen der Unzuträglichkeit eines absoluten Zwanges zur Eingehung der Ehe hierauf nicht erkannt, vielmehr dem unschuldigen Teil eine billige Abfindungs- oder Genugtuungssumme zugesprochen.“ (Stuttgart 1846.)

Aehnlich verhält es sich mit den Klagen auf Wiederherstellung einer bereits bestehenden, aber tatsächlich getrennten Ehe. Auch hier scheint die Praxis nach anfänglichem Schwanken dazu gekommen

---

[1]) Thöl, Das Handelsrecht. § 246 Anm. 19.

zu sein, Zwangsmittel nicht mehr anzuwenden, wie es unserem heutigen natürlichen und sittlichen Empfinden entspricht. Im Uebergangsstadium hat man aber noch mässige Exekutionsstrafen zugelassen und ausgesprochen; allerdings sollten sie nicht überspannt werden. Vgl. Seufferts A. VII. 133:

> Zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils auf Rückkehr zu dem Ehegatten können zwar mässige Strafen eintreten, sie dürfen aber ebensowenig, wie bei einem Urteil auf Eingehung einer Ehe bis zur unbedingten Nötigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung der Ehegatten und die Fortsetzung der faktisch getrennten Ehe zu erzielen. (Darmstadt 1832.)

Das Urteil lautet also auf Wiederherstellung der Ehegemeinschaft, und „mässige" Strafen werden für zulässig erklärt, welche, das ist jedenfalls nach der gemeinrechtlichen Praxis zu entscheiden; bald aber kommt man auch davon ab. Vgl. Seuff. Archiv XX. 230:

> Der zwangsmässige Transport erscheint als ein unzweckmässiges Mittel zur dauernden Wiedervereinigung der getrennten Ehegatten, indem dadurch zwar die Hinführung der renitenten Ehefrau zu ihrem Mann veranstaltet werden kann, dieses Mittel aber nicht geeignet ist, eine Willensänderung derselben zum Verbleiben bei ihrem Ehemann zu veranlassen und eine unbedingte, bis zur willenlosen Unterwerfung fortgesetzte Nötigung als mit dem sittlichen Charakter der Ehe unvereinbar und deshalb unzulässig zu erachten ist. (Flensburg 1867.)

§ 6. Die Partikulargesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts.

Die Territorialgesetzgebung hat auf dem Gebiet des Prozessrechts erst schüchtern im 14. Jahrhundert eingesetzt.[1]) Die einzelnen Landesgesetze enthalten aber lediglich einige ganz allgemein gehaltene Vorschriften oder es wird der Richter ausdrücklich oder stillschweigend auf Herkommen und gemeines Recht verwiesen. Die Bezeichnungen, unter denen diese Prozessgesetze auftauchen, sind ausserordentlich mannigfach.[2]) Später wurden dann durch die

[1]) Das älteste, bekannte Gesetz ist die Ordnung von Hermanno docto, Landgraf v. Hessen v. 1384; vgl. Kleinfeller in Festgabe zum Dr.-Jub. v. Planck, München 1887.

[2]) Amtsordnung, Canzleyordg., Gerichtsordg., Appellationsgerichtsordg., Kammergerichtsordg., Landgerichtsordg., Landrechtsordg., Prozessordg., Reformation, Stadtrecht, Statute, Verordg., Willkür etc.

Praxis die Reichskammergerichtsordnungen fast allgemein als subsidiäre Rechtsquelle anerkannt und auch die einigen Prozessgesetze direkt als solche zitiert, z. B. im preuss. Landrecht v. 1620 u. a. [1])

Die neueren Partikularrechte, die die Vorläufer unserer heute geltenden Z.P.O. geworden sind, sind das Produkt dieser geschichtlichen Entwicklung, als am wesentlichsten beeinflusst durch das gemeine Recht.

Was speziell die uns hier interessierende Frage betrifft, so haben sie auch in diesem Punkt keine originellen Bestimmungen getroffen, sondern sie bauen nur die gemeinrechtlichen Vorschriften weiter aus, indem sie, dem humaneren Zug der Zeit folgend, vielfach mildernd und beschränkend eingreifen.

Einzelne Landesgesetze, so vor allem die badische Prozessordnung v. 18. III. 1864, schliessen sich an das französische Recht an, weshalb wir hier einen kurzen Blick auf dieses Rechtsgebiet zu werfen haben. Für Handlungen, die nur der Schuldner vornehmen kann und soll, gilt art. 1142 Code civile (v. 1806): „Toute obligation de faire (ou de ne pas faire) se résout en dommages et interêts, en cas d'inexecution de la part du débiteur.“ [2]) Hienach muss also, wie im römischen Recht, schon das Urteil sich auf Schadensersatz richten und die Vollstreckung geht in den gewöhnlichen Formen der Pfändung vor sich. Ausnahmsweise kann jedoch nach art. 530 des Code de procédure das Urteil auf die vorzunehmende Handlung selbst lauten, nämlich bei Verpflichtung zur Rechnungslegung. [3])

Im übrigen finden wir, dass in allen einschlägigen Gesetzen Urteil und Vollstreckung auf die Handlung selbst gerichtet sind; als Zwangsmittel sind Geld- und Freiheitsstrafen angedroht; die Einlegung von Wachen (Pressern) verschwindet als Exekutionsmittel um die Mitte des 19. Jahrhunderts.

So bestimmt das Württembergische Exekutionsgesetz [4]) vom 15. IV. 1825 in art. 26, 27, 81, dass gegen den Beklagten nach Verurteilung zu einer Arbeit oder Leistung bei Verweigerung der Erfüllung auf Anrufen des Klägers Personalexekution stattfinden soll, d. h. Einlegung von Pressern nach den Vorschriften einer Ver-

---

[1]) Kleinfeller a. a. O. S. 288.

[2]) Weissmann, Z.P.O. II. 225; Seuffert zu § 888.

[3]) Tout jargement, postant condemnation de rendre compte, fixera le delai, dans lequel le compte soit rendu et commettra an juge.

[4]) Fecht, Exekutionsordnung in Württemberg, 2. Aufl., Stuttgart 1869.

ordnung vom 30. IX. 1819. Wenn aber die Leistung nur vom Schuldner vorgenommen werden kann und nur dann von Interesse für den Gläubiger ist, dann soll der Schuldner durch Geld- oder Gefängnisstrafen oder durch andere Zwangsmittel zur Leistung der Arbeit angehalten werden; bei fortgesetztem Ungehorsam seien die Strafen bis auf das Doppelte zu erhöhen. Ueberdies blieb es der Exekutionsbehörde bei beharrlichem Ungehorsam des Pflichtigen unbenommen, durch Kautionsauflage, persönliche Haft (und zwar ohne Zeitbestimmung!) oder andere geeignet erscheinende Massregeln einzuschreiten.

Aehnlich ging man in Mecklenburg vor auf Grund einer Exekutionsordnung von 1769,[1]) die auf den Jüngsten Reichsabschied verweist. Ganz gleiche Bestimmungen finden sich in der Braunschweiger Prozessordnung § 382, Lippeschen Prozessgesetz § 118, Hannover'schen Prozessordnung v. 1850 § 549 u. a.[2])

Für Preussen galt die allg. Gerichtsordnung v. 6. VII. 1793 Th. I. tit. 24 §§ 48—54 mit Aenderungen durch Verordnung v. 4. III. 1834.[3]) In dieser letztgenannten Verordnung wird vor allem (§ 8 der V.O.) die in § 54 allg. Ger.-O. noch zugelassene Einlegung eines Exekutors abgeschafft. Bis dahin hatte der Gläubiger nach vergeblicher Anwendung dieses Exekutionsmittels die Wahl zwischen indirektem Zwang durch Geld- oder Freiheitsstrafen oder Forderung seines Interesses. Besonders hebt die Verordnung weiter hervor, dass der Gläubiger auf Personalexekution — und hier wird auch zum erstenmale und im Anschluss daran von der nassauischen Prozessordnung[4]) eine Höchstdauer von 1 Jahr für die Freiheitsstrafe fixiert — nur dann bestehen kann, wenn „die Handlung lediglich von dem Willen des Verpflichteten abhängig ist, namentlich dann nicht, wenn nicht weniger der Wille des Verpflichteten als dritter Personen tätig sein muss oder andere ausserhalb seines Willens liegende Umstände die Möglichkeit derselben bedingen, z. B. Verurteilung, eine bestimmte, nicht mehr im Besitz des Verpflichteten befindliche Sache zu beschaffen". [5])

Wir erkennen in diesen gesetzlichen Normen unschwer die Grundlagen für § 888 unserer Z.P.O.

---

[1]) Kamptz, Hdb. d. Mecklenb. Z.P. (1811); (§ 38 der Exekut.-O. v. 1769).
[2]) Angeführt bei Wächter, Erörtrg. aus d. röm. Privatr. Heft 2 (1846) S. 32.
[3]) Strey Alwin, Exek.-O. (1856) S. 73.
[4]) Nassauische Exek.-O. v. 17. Juni 1851 §§ 85, 86.
[5]) Striethorst's Archiv, Bd. 4 (1852) S. 133; Bd. 98 (1878) S. 115.

Nach einem sächsischen Gesetz von 1838 [1]) wird der Schuldner aufgefordert, innerhalb einer gewissen Frist die rechtskräftige Entscheidung zur Vornahme der Handlung zu befolgen. Bei Nichterfüllung wird gegen ihn mit Gefängnisstrafen vorgegangen und schliesslich bleibt dem Gläubiger noch der Weg, Entschädigung zu verlangen, deren Höhe er durch Würderungseid feststellen kann. (§ 71 des Ges. v. 1838.) Dieses Gesetz galt aber nicht nur für das Königreich Sachsen, sondern auch in den meisten thüringischen Staaten, so Sachsen-Weimar-Eisenach,-Meiningen-Hildburghausen u.a.

Für Bayern kommt in Betracht der Codex juris Bavarici judiciarii de anno 1753 cap. XVIII. §§ 675 ff. mit den Prozessgesetzen vom 22. VII. 1819 und 17. XI. 1837 (§§ 29—33 Abschn. IX). [2]) Zunächst wird der Grundsatz aufgestellt, dass die Vollstreckung den Schuldner an Kredit und Ehre nicht schädigen soll und so vorgenommen werden soll, wie sie ihn am wenigsten beschwert. Die Einlegung eines Exekutionsboten mit steigender Exekutionsgebühr wird untersagt. (Verordnung v. 31. III. 1818.) Vielmehr ist auf Anrufen des Klägers unter Androhung einer Geld- oder Gefängnisstrafe ein bedingter Befehl zu erlassen und wenn er die Handlung dennoch nicht vornimmt, die Strafe nebst Schaden und Kosten beizutreiben, auch das Gebot unter Androhung einer schärferen Strafe zu wiederholen.

Wir sehen also überall mit Ausnahme des französischen Rechtsgebiets den persönlichen Arrest als Mittel der Zwangsvollstreckung bei der auf ein Tun gerichteten Exekution anerkannt. Als nun das Bundes-(nunmehr Reichs-)gesetz betreff. die Aufhebung der Schuldhaft vom 29. V. 1868 im Bundestag des norddeutschen Bundes beraten wurde, da erhoben sich vereinzelt Stimmen, [3]) welche den Personalarrest überhaupt, also auch den zur Erzwingung von Handlungen, beseitigt wissen wollten. Demgegenüber betonte aber der Bundeskommissar [4]) mit Recht, dass das ein zu tiefer Eingriff in die verschiedenen Partikulargesetzgebungen sei; da die executio ad faciendum auch mit dem Gesinderecht und Seerecht (vgl. Erzwingbarkeit des Heuervertrags) zusammenhänge, so würde man

---

[1]) Heimbach, Lehrb. d. sächs. bgl. Prozesses, Jena 1852; Kohler im Archiv f. civ. Praxis 80, S. 215; für ausserordentliche Gesetzgebung (Frankreich, Spanien, Italien, Schweiz, England) s. Kohler a. a. O. S. 226 ff.

[2]) Moritz, Realkommentar zu den kgl. bayr. Prozessges. (1840).

[3]) Anträge der Abgeordneten v. Blanckenburg, Reichensperger, Waldeck.

[4]) Archiv d. nordd. Bundes u. des Zollvereins (v. Koller) 2. Bd. S. 140 ff.

in Institute eingreifen, die man nicht übersehen und nicht ändern könne und wolle. Auch die österreichische Gesetzgebung ging ja nicht so weit, indem sie sich auf Beseitigung der Haft wegen Geldschulden beschränkt. Nur Frankreich hat, wie schon erwähnt, die Personalexekution unbedingt und allgemein abgeschafft. Der Berichterstatter Lesse betonte noch, dass es nicht nötig sei, den Personalarrest auch für Zwecke der executio ad faciendum abzuschaffen, wenn diese Vollstreckung nur auf die seltenen Fälle beschränkt werde, wo die Handlung bloss vom Willen des Schuldners abhängig sei (wie es in der preuss. V.O. v. 1834 geschah!). Der zum Gesetz gewordene § 1 des Entwurfs bestimmt denn auch: „Der Personalarrest ist als Exekutionsmittel in bürgerlichen Rechtssachen insoweit nicht mehr statthaft, als dadurch die Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere erzwungen werden soll." Es bleibt also kein Zweifel, dass der Personalarrest zur Erzwingung von Handlungen nicht aufgehoben sein soll.

In diesem Zusammenhang bleibe nicht unerwähnt, dass das talmudische (mosaische) Recht überhaupt nur Realexekution kannte, während die Personalexekution in jeder Form und zu welchem Zweck auch immer ihm stets fremd war und blieb. Der Gläubiger durfte nie durch persönlichen Zwang die Menschenwürde des Schuldners verletzen. [1])

II. Das geltende Recht.

Das heutige Recht ist im Gegensatz zum römischen Recht auf dem Grundsatz aufgebaut, wie wir ihn schon im gemeinen, und noch mehr ausgeprägt, im preussischen Recht vorfanden, dass dem Gläubiger das zukommen solle, was er von Rechtswegen vom Schuldner zu verlangen hat; er soll sich nicht ohne weiteres mit einem Surrogat, einer Leistung des Interesses, begnügen müssen. Diesem Grundsatz entsprechen die prozessrechtlichen Vorschriften in unserer Zivilprozessordnung. In den §§ 887 ff. Z.P.O. ist die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen geregelt nach dem Prinzip, dass in erster Linie die Handlung selbst erzwungen werden soll. Selbstverständlich ist Voraussetzung hiefür, dass das Urteil schon in seinem Tenor auf die Handlung selbst laute. Zwar spricht weder Z.P.O., noch B.G.B. davon ausdrücklich; aber, wie oben ausgeführt,

[1]) Bloch Moses, Z.P.O. nach mosaisch-rabbin. Recht (Budapest 1882).

war im gemeinen Recht und in den Partikularrechten das Urteil auf die Handlung unmittelbar gerichtet und das moderne Recht hätte darüber nicht mit Stillschweigen hinweggehen dürfen, wenn es daran etwas hätte ändern wollen; zudem lässt der Wortlaut des § 887 Z.P.O. und des in unmittelbarem Zusammenhang damit stehenden § 888 Z.P.O. wohl keine andere Deutung zu, als dass unter „Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen", nur eine in einem Vollstreckungstitel (§§ 704, 794 Z.P.O.) ausgesprochene Verpflichtung verstanden werden kann, weil nur auf einem vollstreckbaren Titel als Basis die Vollstreckung beruhen kann.

Dabei sei erwähnt, dass sich die folgende Betrachtung nur mit den Urteilen der ordentlichen Gerichte und den sonstigen Vollstreckungstiteln der Z P.O., soweit sie auf Vornahme sogenannter unvertretbarer Handlungen erkennen, und mit deren Vollstreckung beschäftigt, wofür § 888 Z.P.O. [1]) allein Mass gibt. Deshalb fallen von vornherein ausserhalb des Rahmens dieser Darstellung alle Erkenntnisse anderer Behörden, die auf Handlungen gehen, seien es nun richterliche, Verwaltungs-, oder polizeiliche Behörden. So braucht hier nicht näher eingegangen zu werden auf die gleichlautenden Bestimmungen des § 51 G.G.G. v. 29. Juli 1890 und 30. Juni 1901 [2]) und des § 91a Gew.O. [3]) Nach diesen Bestimmungen können zwar die Gewerbegerichte und die Innungsschiedsgerichte auf Vornahme einer Handlung verurteilen, aber die indirekte Vollstreckungsmöglichkeit der Z.P.O. ist hier ausgeschlossen, ausser bei bestimmtem Antrag des Klägers; vielmehr muss hier auf Antrag des Klägers der Beklagte für den Fall, dass er die Handlung nicht binnen einer zu bestimmenden Frist vornehme, zur Zahlung einer

---

[1]) § 888 Z.P.O.: „Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht erster Instanz zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von fünfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei." Diese Bestimmung kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.

[2]) In der seit 1. Januar 1902 geltenden Fassung (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 29. IX. 1901, R.G. Bl. 1901 S. 353 ff.)

[3]) In der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 26. VII. 1900 R.G.Bl. 1900 S. 871; Titel VI (über Innungen etc.) in der Fassung nach der Novelle vom 26. VII. 1897 R.G.Bl. 1897 S. 663.

nach dem Ermessen des Gerichts festzusetzenden Entschädigung verurteilt werden.

Ebensowenig gehören hieher die einschlägigen Vorschriften der Seemannsordnung und der verschiedenen partikularrechtlichen Gesindeordnungen.[1])

§ 7. Zuständigkeit.

Wir gehen aus von dem Normalfall: in einem landgerichtlichen Urteil wird der Schuldner zu einer unvertretbaren Handlung im Sinne des § 888 Z.P.O. verurteilt; dieses Urteil hat die Rechtskraft beschritten und ist dem Schuldner ordnungsmässig zugestellt. (§§ 704, 705, 724, 750 Z.P.O.) Da der Schuldner nicht freiwillig sich herbeilässt, der urteilsmässigen Verpflichtung nachzukommen, lässt der Gläubiger die zwangsweise Erwirkung der Handlung herbeiführen. Weil aber die Handlung nur vom Willen des Schuldners abhängig ist, so kann sie weder vom Gläubiger selbst, noch von einem Dritten, noch auch vom Gerichtsvollzieher, dem regelmässigen Vollstreckungsorgan (§ 753 Z.P.O.), im Zwangsweg vorgenommen werden; es muss versucht werden, den Willen des Schuldners zu beugen; eine derartige Vollstreckung vorzunehmen, fällt in die Zuständigkeit einer richterlichen Behörde. Nun gehört zwar allgemein die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und die Mitwirkung hiebei zu der Zuständigkeit der Vollstreckungsgerichte, und Vollstreckungsgericht ist dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk die Vollstreckungsmassregel stattfinden soll (§ 764 Z.P.O.) In unserm Fall dagegen ist Vollstreckungsgericht das Prozessgericht I. Instanz, vor dessen Forum die Verhandlung über den Rechtsstreit selbst sich abspielte und welches das Urteil erlassen hat. Dieses Gericht ist wohl auch am berufensten, darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen für die nach § 888 Z.P.O. vorgeschriebene Vollstreckung gegeben sind, da es ja mit der Sache bereits eingehend im ordentlichen Verfahren befasst war. Diese Zuständigkeit bleibt aber auch gewahrt, wenn das Urteil von der Berufungs- oder Revisionsinstanz erlassen wurde. Auch für die Vollstreckung aus einem Urteil, das im Wiederaufnahmeverfahren (§ 578 ff. Z.P.O.) ergeht, bleibt das Gericht zuständig, welches in I. Instanz erkannt hatte. (§ 888 mit § 584 Z.P.O.)

Das Prozessgericht I. Instanz ist also zuständig; dabei kommt nichts darauf an, ob nun etwa bei dem Landgericht auf Grund

[1]) Hiezu vgl. § 9 Ziff. 2 der Abhandlung!

der Geschäftsverteilung noch dieselbe Zivilkammer zu entscheiden hat, die seinerzeit über den Rechtsstreit in erster Instanz entschieden hat; denn die Geschäftsverteilung (§ 62 G.V.G.) als rein interner Verwaltungsvorgang berührt die Rechtsfrage der Zuständigkeit nicht.[1]) Weiterhin ist es für die Zuständigkeit ohne Belang, ob die Verpflichtung zur Handlung in einem Urteil oder in einem Vergleich (§ 794 Ziff. 1 Z.P.O.) festgestellt ist; denn der vor dem Prozessgericht abgeschlossene Vergleich ist gerade so Vollstreckungstitel wie das Urteil, das das Gericht hätte erlassen müssen, wenn es nicht zum Vergleich unter den Parteien gekommen wäre. Nicht so klar ist die Rechtslage dagegen, wenn der Vergleich von den Parteien vor dem Amtsgericht gemäss § 510c Abs. II S. 1 abgeschlossen worden wäre. In diesem Falle ist es eigentlich zu einem Prozess gar nicht gekommen; denn wir haben es hier mit einem Sühneverfahren zu tun, das jederzeit beim Amtsgericht durch Antrag des Gläubigers in die Wege geleitet werden kann und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Amtsgericht für die Streitsache gemäss § 23 G.V.G. zuständig ist oder nicht. Kommt hier ein Vergleich nicht zustande, so muss das Amtsgericht den Rechtsstreit gemäss § 505 Z.P.O. an das nach § 70 G.V.G. zuständige Landgericht verweisen, falls die Streitsache vor dessen Forum gehört. Aus § 510c Z.P.O. geht hervor, dass der Vergleich abgeschlossen wird, noch ehe eine Klage überhaupt erhoben ist, ehe also Rechtshängigkeit eingetreten ist. (§ 263 Z.P.O.) Demzufolge kann man auch das Gericht, vor dem der Vergleich abgeschlossen wird, als Prozessgericht im engeren Sinne nicht bezeichnen. Aber dieser Vergleich ist nach § 794 Ziff. 2 Z.P.O. ein Vollstreckungstitel. Wer soll nun, falls sich in einem solchen Vergleich der eine Teil zu einer unvertretbaren Handlung verpflichtet, die Vollstreckung vornehmen? Eine Ansicht nimmt hier die Zuständigkeit des nach § 764 Z.P.O. zu bestimmenden Vollstreckungsgerichts an;[2]) andere lassen das Sühnegericht doch als „Prozessgericht“ im Sinne des § 888 Z.P.O. gelten und nehmen konsequent dieses als zuständig für die Vollstreckungsmassnahmen des § 888 Z.P.O. an.[3]) Dies scheint denn auch die

---

[1]) Gaupp Stein, 9. Aufl. zu § 887 III. 1; ebenso Aenderung der Gerichtsorganisation ohne Einfluss vgl. Gaupp Stein, 10. Aufl. zu § 263 IV, Note 47.

[2]) Z.P.O. Komm. von Sarwey, II. S. 629; Struckmann-Koch, 5. Aufl. Anm. 2 zu § 773 Z.P.O. (a. F.)

[3]) Struckmann-Koch, zu § 887, S. 863; Seuffert, Komm. II, S. 629; Gaupp Stein (1908), II, S. 733; Neukamp, Hdkomm. (1911), S. 1046; Weismann, Lehrb.

richtigere Ansicht zu sein. Spricht doch schon die oben angestellte Erwägung für diese Ansicht, nämlich dass das Gesetz die Zuständigkeit des Gerichts statuieren will, welches die Sachlage auf Grund mündlicher Erörterung und Verhandlung mit den Parteien genau kennt; angesichts dieser ratio legis wird man wohl darüber hinwegsehen können, dass das Sühnegericht ein Prozessgericht im strengeren Wortsinn nicht ist, ja man kann es sogar als Prozessgericht im weiteren Sinn ansprechen, nämlich als Gericht, vor dem der Prozessstoff verhandelt wurde. Aber auch die Entstehungsgeschichte des § 510 c bezw. 471 Z.P.O. alter Fassung kann einen Fingerzeig geben. Dieser Sühnevergleich war im Regierungsentwurf des Reichstags überhaupt noch nicht vorgesehen; er kam erst auf Veranlassung der Kommission in das Gesetz. (Protokolle S. 200. 368.) Dieser Vergleich wurde zwar dem Prozessvergleich vollkommen ebenbürtig an die Seite gestellt, aber anscheinend bei § 888 bezw. 794 Z.P.O. a. F. wieder übersehen. Gemäss § 795 Z.P.O. sind aber die für Urteile geltenden Grundsätze auch auf Schuldtitel des § 794 für entsprechend anwendbar erklärt worden; nur für Urkunden nach § 794 Ziff. 5 Z.P.O. werden einige Ausnahmen gemacht. Zu diesen Urkunden gehört aber der Vergleich nach § 794 Ziff. 2 nicht, also muss z. B. die vollstreckbare Ausfertigung (§ 795 mit 794 Z.P.O.) ebenfalls vom Sühnegericht erteilt werden. Wenn aber das richtig ist, dann muss man auch dieses Sühnegericht für zuständig halten für die Vollstreckung nach § 888 Z.P.O.

Ist die Verpflichtung in einer einstweiligen Verfügung statuiert, so ist für die Vollstreckung immer dasjenige Gericht zuständig, das für die Hauptsache in I. Instanz zuständig ist; das gilt auch dann, wenn die einstweilige Verfügung in der Berufungsinstanz erlassen wird, weil die Hauptsache bereits in der Berufungsinstanz anhängig ist. (§ 937 Z.P.O.) Streitig wiederum ist die Zuständigkeit für den Fall, dass in Notfällen das Amtsgericht nach § 942 Z.P.O. die Verfügung erlässt, während die Hauptsache zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört. Nach der einen Meinung [1]) ist in jedem Falle das Gericht der Hauptsache I. Instanz als zuständig

d. Z.P.R., II, S. 222; Kipp, in Festg. d. Kiel Jur. Fak. (1892), S. 129; Falkmann (2. Aufl.), Zwangsvollstreckung, S. 67, 148. Reichsgericht (21, 345) zählt den Sühnevergleich zu den Urkunden des § 794, Ziff. 5 Z.P.O.; deshalb Zuständigkeit nach § 795 Z.P.O., aber mit Unrecht; vgl. Falkmann, S. 138 u. Note 17 zu S. 138. (Schultze, Vollstreckbarkeit gegen den Rechtsnachfolger.)

[1]) Gaupp Stein, 8/9. Aufl., II., S. 733, Note 38; Neukamp, S. 1046; Struckmann-Koch, S. 863; Sydor Busch, S. 836; J. W. 97, 632, Nr. 13.

zu den Vollstreckungsmassnahmen berufen, während nach einer andern Meinung [1]) zu unterscheiden ist, ob die Verfügung durch das Gericht der Hauptsache schon bestätigt ist oder noch nicht; im Fall der zweiten Alternative bleibt das Amtsgericht auch für die Vollstreckung zuständig; denn hier, wo Eile doppelt not tut, wird man den Gläubiger mit Vollstreckungsmassnahmen nicht warten lassen dürfen, bis das Gericht der Hauptsache eine Bestätigung ausspricht, zudem noch gar nicht feststeht, ob überhaupt dieses Gericht zur Entscheidung über die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung angerufen wird; wenn es aber gar nicht zu dieser Entscheidung kommt, dann wäre es weder zweckentsprechend, noch im Interesse einer tunlichst raschen Exekution, wenn nun das Gericht, das bisher mit den Umständen und den Gründen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung führten, nicht befasst war, um die Vollstreckung der ihm in ihrem Werdegang unbekannten Verfügung angegangen werden müsste. Von dieser Erwägung aus erscheint uns denn auch die 2. Meinung dem Willen des Gesetzes und den billigen Forderungen des Verkehrs im Interesse der Rechtssicherheit mehr entsprechend.

Wenn die Sache vor dem Amtsgericht anhängig gemacht wurde und dann in Gemässheit der §§ 505, 506 Z.P.O. vor das zuständige Landgericht verwiesen wird, dann ist „Prozessgericht erster Instanz" eben nur das Landgericht; denn das vorhergegangene amtsgerichtliche Verfahren ist nur als ein Vorspiel und Teil des landgerichtlichen Verfahrens zu betrachten. Schiedssprüche und ausländische Urteile sind überhaupt noch nicht Vollstreckungstitel; sie müssen erst durch Vollstreckungsurteil vollstreckbar erklärt werden. (§§ 722, 1042 Z.P.O.) Das Gericht, dem die Zuständigkeit zur Erlassung des Vollstreckungsurteils zukommt, ist auch als Prozessgericht erster Instanz im Sinn des § 888 Z.P.O. anzusehen.

Alle diese nach den vorhergehenden Ausführungen zu bestimmenden Gerichte sind ausschliesslich zuständig (§ 802 Z.P.O.) und es muss demnach während des ganzen Verfahrens die Zuständigkeit von Amtswegen berücksichtigt werden.

§ 8. Abgrenzung der unter § 888 Z.P.O. fallenden Handlungen.

Je nach dem Inhalt des Urteils bezw. sonstigen Vollstreckungstitels, also je nach dem judicatmässigen Gegenstand kennt unsere

[1]) Seuffert, II, S. 629.

Prozessordnung viererlei Zwangsvollstreckungsmethoden, die sie dem Gläubiger in bindender Weise und ausschliesslich, d. h. unter Ausschluss jeden Wahlrechts, zur Verfügung stellt:

1. Vollstreckung wegen Geldforderungen, § 803 ff.
2. Vollstreckung auf Herausgabe von Sachen, § 883 ff.
3. Vollstreckung zur Erwirkung
   a) sog. „vertretbarer" Handlungen, § 887,
   b) sog. „unvertretbarer" Handlungen, § 888.

Nur mit der letzteren Vollstreckungsmethode (Nr. 3b) haben wir es hier zu tun. Wenn wir diese Art der Vollstreckung betiteln „Vollstreckung zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen", so ist das eigentlich eine Breviloquenz und soll in erster Linie den Gegensatz zu der in § 887 vorgeschriebenen Vollstreckungsart ausdrücken. Denn die Unvertretbarkeit ist nur eine von zwei Voraussetzungen, die kumulativ gegeben sein müssen und gleich wesentlich sind, damit die Vollstreckung nach § 888 möglich ist. Soll eine Handlung unter § 888 zu rechnen sein, so muss sie sowohl „unvertretbar", wie auch „ausschliesslich vom Willen dss Schuldners abhängig" sein.

Unvertretbar ist eine Handlung dann, wenn dem Gläubiger die Vornahme derselben seitens eines Dritten einen vollwertigen Ersatz nicht schafft, oder wenn sie für einen Dritten überhaupt unmöglich ist, oder wenn es dem wirtschaftlichen Zweck und Inhalt der Verpflichtung zuwider ist. Das Gericht hat nach freiem Ermessen zu prüfen, und zwar vom Standpunkt des Gläubigers aus, ob wirtschaftliche Interessen — nur solche dürfen in Betracht gezogen werden, nicht etwa auch ideelle — vorliegen, welche die persönliche Vornahme durch den Schuldner erheischen. Da das Gläubigerinteresse allein massgebend ist, kann eine etwaige Verteuerung für den Schuldner nicht in die Wagschale fallen. (R.G. 55, 57. J.W. 1898, 605, Nr. 26). Als vertretbare oder ersetzbare Handlungen scheiden in erster Linie aus gewerbliche und landwirtschaftliche Arbeiten, die unter § 887 fallen. Ferner scheiden aus Handlungen, die ohne Vollmacht des Schuldners durch Dritte vorgenommen werden können und zur vollen Befriedigung des Gläubigers führen. Umgekehrt, wenn Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, die nur mit Vollmacht des Schuldners vorgenommen werden können, kann der (indirekte) Zwang gegen den Schuldner nur dahin gehen, dass er selbst die Handlung vornehme, es sei denn, dass er durch Urteil verpflichtet werden kann, jemandem Vollmacht zu

einer bestimmten Handlung zu erteilen.[1]) Denn eine Ermächtigung Dritter durch das Gericht kann die Vollmachtserteilung als selbstständiges Rechtsgeschäft nicht ersetzen; die Eigenschaft aber, dass die Handlung ebensogut durch Dritte vorgenommen werden kann, muss der Handlung als solcher, zum mindesten zur Zeit des Beginnes der Zwangsvollstreckung, schon inhärent sein; die Zulässigkeit der Vornahme durch Dritte ist also Voraussetzung für die Vollstreckungsmöglichkeit nach § 887, sie kann nicht erst neu als Wirkung dieser Vollstreckungsart erzeugt werden.

Als unvertretbare Handlungen sind hienach anzusehen:

Unterzeichnung einer Urkunde, eines Wechsels, sei es als Aussteller, Akzeptant (R.G. 8, 355) oder Indossant, Erhebung einer Klage (Kipp a. a. O. S. 137), Versteigerung einer gemeinschaftlichen Sache, Ausstellung eines Zeugnisses, einer Vollmacht (J.W. 84, 9), Auskunftserteilung,[2]) Rechnungslegung[3]) (R.G. 7, 358, R.G. 8, 336, 37, 406 — R.G. 39, 420. Bay. oberstes L. G. 7, 146. J.W. 97, 450), Teilung einer Vermögensmasse, Abnahme von Waren (R.G. 14, 243, 53, 136, 55, 58)[4]), Mitwirkung zur gemeinschaftlichen Prozessführung (B.G.B. §§ 754, 1285), Mitwirkung zur gemeinschaftlichen Vornahme von Rechtsgeschäften (Gaupp Stein, S. 697 zu § 888, I, 1; Seuffert zu § 888, 1a), Beschaffung einer Zustimmung, z. B. der Zustimmung der Ehefrau seitens des Mannes (B.G.B. 1445, 1447; R.G. 39, 415; O.L.G. 4, 367, Recht 10, 237), Zurücknahme eines Strafantrags (R.G. 42, 63), Bilanzziehung (J.W. 88, 136, Nr. 8), Inventarerrichtung (§§ 2121, 2215 B.G.B.), besondere Kenntnis der Sachlage erfordernde Legung eines Nachlassverzeichnisses (Rechtspr. d. O.L.G. 20, 367), Spezifikation (R.G. 14, 248; 29, 19),[5]) Dienst-

[1]) Kipp, in Festg. d. Kieler Jur. Fak. zu Iherings Jub. (1892), S. 133 ff., 155; Seuffert, Komm. z. Z.P.O. 1911 zu § 887, Anm. 2; Gaupp Stein, 9. Aufl. zu § 888; Sydor Busch, 1910, S. 835; R.G.G. 317; 24, 378.

[2]) §§ 402, 414, 444, 666, 716, 740, 799, 1374, 1891, 2011, 2012, 2027, 2028, 2057, 2127, 2314, 2362 B.G.B.

[3]) § 254 Z.P.O. §§ 259, 260, 27 III, 86, 666, 675, 681, 687, 713, 1214, 1374 II, 1421, 1546 III, 1681 B.G.B. §§ 1890 ff., 1915, 1978, 1990 ff., 2006, 2011, 2027 ff., 2127, 2130 II, 2218, 2314, 2362 B.G.B. § 340 H.G.B.

[4]) Mit Einschränkung, Seuffert a. a. O. zu § 887, S. 628 oben.

[5]) U. E. ist aber Vollstreckung der Spezifikationsverpflichtung des Käufers schikanös und deshalb unzulässig, da § 375 H.G.B. hinreichend Möglichkeiten für den Verkäufer bietet, seine wirtschaftl. Interessen zu wahren. Nach R.G. 8, 355, 12, 186, 27, 384 ist Ausübung eines Wahlrechts überhaupt keine Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung wegen Uebergang des Wahlrechts nach § 264 B.G.B.; vgl. auch Seuffert zu § 888, S. 632 unten.

austritt (R.G. 67, 3; Gruchot. 45, 1160), Heizung von Mieträumen mittels einer Zentralanlage des Schuldners (Rechtspr. d. O.L.G. 15, 16 und 25, S 209), Bewirkung einer Eintragung ins Grundbuch (Rechtspr. d. O.L.G. 9, 130), Sicherstellung nach art. 29 W.O. (Rechtspr. d. O.L.G. 7, 327), Verbürgung (R.G. 13, 341), promissorische Sicherheitsleistung, nicht Realkaution (hier § 887!), ausser bei Sicherheitsleistung mittels bestimmter Wertpapiere (O.L.G. 19, 29). [1] [2]

Ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängig ist eine Handlung dann, wenn lediglich das Wollen des Schuldners erforderlich ist. Das ist vor allem nie gegeben, wenn die Handlung zur Zeit des Beginnes der Zwangsvollstreckung unmöglich ist, was jeweils besonders zu prüfen ist (Seuff., Bl. 73, 676, Bayr. Ztsch. f. Rechtspfl. 10, 433, R.G. 23, 365); ob die Unmöglichkeit mit oder ohne Verschulden des Schuldners eingetreten ist, ist dabei ganz irrelevant (R.G. 8, 336, 13, 340, 31, 412). So ist auch z. B. indirekter Zwang nach § 888 nicht zulässig, wenn die Ausführung deshalb unmöglich ist, weil der Schuldner Bücher zu führen unterlassen hat.

Aber eine Unmöglichkeit und damit ein Grund zur Befreiung des Schuldners von der Ausführung der Handlung liegt nicht schon vor, wenn der Schuldner wegen hohen Alters oder Gebrechlichkeit nur schwer oder gar nicht in Person handeln kann; er hat vielmehr die Pflicht, sich einen Pfleger (B.G.B. § 1910) bestellen zu lassen, der für ihn die erforderlichen Massnahmen treffen muss (O.L.G. 20, 367). Analog ist ein Schreibunkundiger verpflichtet, eine Schreibkraft beizuziehen (Gruch. 27, 1126; J.W. 97, 569). — Sind geldwerte Aufwendungen noch erforderlich, z. B. eine Sicherheitsleistung (R.G. 13, 341), so ist dieser Umstand ein Hindernis für die Erzwingbarkeit der sonst nach § 888 zu vollstreckenden Handlung. Jedoch wird die Vollstreckung ohne weiteres wieder ermöglicht, wenn der Gläubiger die erforderliche Geldsumme aus seiner Tasche vorschiesst (Mot. z. E. III, S. 443). So kann auch die Erzwingung der Verpflichtung, das Eigentum oder auch nur den Besitz an einer im Eigentum eines Dritten stehenden Sache zu verschaffen, an dem Erfordernis von Geldmitteln scheitern, wie denn auch kein Schuldner nach § 888 zum Abschluss eines kostspieligen notariellen Vertrags

---

[1]) Für die Verpflichtung auf Reduzierung von Immissionen auf ein erträgliches Mass vgl. Seufferts Archiv 59, Nr. 21.

[2]) Erzwingung der schriftlichen Kontraktserrichtung nach § 888, Seufferts Arch. 39, Nr. 278.

unter Tragung der Kosten gezwungen werden kann (während Realisierung einer Versicherung nach § 888 erzwungen werden kann (R.G. 9, 314).

Nach den Motiven zur Z.P.O. (Hahn, S. 466) ist eine Handlung auch dann als nicht ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängig anzusehen, wenn sie besondere Fähigkeiten, insbesondere geistige Tätigkeiten voraussetzt, wenn also vor allem wissenschaftliche, künstlerische oder technische Fähigkeiten zur Ausführung erforderlich sind. Dass in solchen Fällen der Gläubiger ein besonderes wirtschaftliches Interesse hat, z. B. einen Maler zwangsweise anzuhalten, ein Porträt zu malen, darf man füglich bezweifeln. Das Vorhandensein solcher Fähigkeiten lässt sich im einzelnen Fall nicht leicht feststellen; bei mangelhafter Ausführung ist es geradezu unmöglich, abzuwägen, was mangelndem Willen, was mangelndem Können zuzuschreiben ist. Bei Geistesarbeit durchschnittlicher Art, z. B. Beschreibung einer Erfindung, nicht zur Erfindung selbst, ist indirekter Zwang wohl möglich (R.G. 39, 420; a. M. Kohler, A. civ. Praxis, 80, 249).

Ist ein Dritter zur Mitwirkung bei Vornahme der Handlung seitens des Schuldners verpflichtet, so ist die Handlung vom Willen des Schuldners nicht mehr allein, d. i. ausschliesslich, abhängig, so bei Aufführung einer Oper (R.G. in J.W. 91, 428, Nr. 7; a. M. Gaupp Stein, § 888, Anm. I 2b). Ja, selbst wenn der Dritte bereits zur gemeinschaftlichen Vornahme der Handlung mit dem Schuldner rechtskräftig verurteilt wäre, könnte man noch nicht die Handlung als lediglich vom Willen des Schuldners abhängig bezeichnen. Deshalb kann nicht nach § 888 vollstreckt werden, wenn der Schuldner zur Rechnungsstellung verurteilt ist, aber hiezu Urkunden bedarf, die sich im Besitze eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten befinden (J.W. 1904, 416, Nr. 34). Auch wenn bei Gesamthandschuldnern eine Leistung gegen einen dieser Schuldner vollstreckt werden soll, ist § 888 nicht anwendbar, weil zur Gesamthandleistung alle mitwirken müssen (R.G. 24, 381).

Eine Ausnahme ist wieder zu machen, wenn eine Behörde mitzuwirken hat; denn der Schuldner kann jederzeit auf Mitwirkung der Behörde im Normalfall rechnen (R.G. 39, 419). Er braucht nur seinen Antrag stellen; zur Stellung des Antrags kann er im Weg des § 888 angehalten werden; es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob der Schuldner darauf rechnen konnte, dass die Behörde ihre Mitwirkung nicht versagt und auch, ob er imstande ist, unter

Mithilfe der Behörde die Handlung auszuführen (arg. § 432, II, Z.P.O.) Auch die Nichtmitwirkung einer Behörde hindert die Anwendung der Zwangsmittel nach § 888 erst, wenn die Rechtsmittel gegen die behördliche Entscheidung erfolglos waren (R.G. 39, 419). Wenn der Schuldner verpflichtet ist, mit dem Gläubiger zur gemeinsamen Vornahme von Rechtshandlungen [1]) mitzuwirken, so steht ebenfalls der Anwendung des § 888 nichts im Wege.

Dagegen fällt nicht unter § 888 die Verpflichtung zur Bürgenstellung dritterseits, weil hier ein Dritter mitzuwirken hat (R.G. 8, 336, 13, 341); ebensowenig die Verpflichtung zur Urkundenvorlage an eine Behörde, sowie zur Uebertragung mittelbaren Besitzes; denn beide letztgenannten Fälle sind unter die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen zu subsumieren und demnach nach § 883 bezw. im zweiten Fall nach § 886 zu exequieren.

Allgemeine Voraussetzung bei Verurteilung zu irgend einem positiven Tun ist stets, dass die Handlung im Vollstreckungstitel bestimmt bezeichnet sei. [2])

Wir haben oben von der Vollstreckung der Verpflichtung zur Erteilung einer Auskunft durch die Massnahmen des § 888 gesprochen; aber nicht nur die Auskunfterteilung allein, sondern sie mit all' ihren Varianten, von der Rechnungslegung bis zur Einreichung eines mit dem Offenbarungseid zu deckenden Inventars, gehört unter § 888. Für die Erzwingung der Leistung des Offenbarungseides ist es ausdrücklich in § 889 Z.P.O. (Novelle 1898) bestimmt; und zwar gilt das nur für den auf Grund bürgerlichen Rechts [3]) zu leistenden Offenbarungseid, nicht also auch für den nach §§ 807, 883 Abs. 2 Z.P.O. zu leistenden Eid. [4]) [5])

Vorausgesetzt ist für die Anwendbarkeit des § 889 bezw. 888 Z.P.O., dass der Schuldner bereits zur Eidesleistung verurteilt ist und die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen für dieses Urteil

---

[1]) §§ 754, 1035, 1078, 1079, 1083, 1285, 1286, 1288, 1372, 1438, 1472, 2315 B.G.B.

[2]) Seufferts Arch. 56, Nr. 141.

[3]) § 16 Ziff. 2 E.G. z. Z.P.O.; §§ 259—261, 666, 681, 713, 1421, 1546, 1681, 1890/91, 1915, 1978, 2006, 2028 (Ztschr. f. Rechtspfl. i. B. 09, 379), 2057, 2130, 2218, 2362 B.G.B. art. 147, Abs. 2 E.G. z. B.G.B., §§ 381, 499, 534 H.G.B. 154 Z.V.G. art. 130, Bay. A.G. z. B.G.B. §§ 29, 58, 59, 98 Bay. Nachl.-O., 85 A.G. z. Z.P.O. (ält. F.); Seufferts Arch. 56, Nr. 156. Samml. d. Entsch. d. Bay. Ob. Gerichtshofs (n. Folge) 4, 963. Bay. J.M.Bl. 1900, S. 621.

[4]) Recht 08, 222.

[5]) Vollstreckung nach § 899 ff. Z.P.O.; J.W. 05, 439, Nr. 23.

(z. B. § 704, 724, 750 Z.P.O.) nachgewiesen sind. Ehe der Eidespflichtige verurteilt ist, ist die Abnahme des Eides, bei freiwilliger Leistung durch den Schuldner, Sache der freiwilligen, nicht der streitigen Gerichtsbarkeit, fällt also in die Kompetenz der Amtsgerichte (§ 261 B.G.B.; §§ 163, 79 F.G.G.). Abgesehen aber von diesem Fall der freiwilligen Eidesleistung, muss der eidespflichtige Schuldner zur Erfüllung seiner Rechtspflicht veranlasst werden im Wege der Leistungsklage, die entweder lediglich auf Verurteilung zur Eidesleistung gehen kann oder mit der Klage auf Leistung des schuldigen Betrags verbunden werden kann (§ 254 Z.P.O.) In dem nun ergehenden Urteil hat das Gericht die Eidesformel und die Eidesnorm (§ 260, 261 B.G.B., § 889 mit 481 Z.P.O.) so genau als möglich festzustellen (J.W. 02, 193). Ist die bestimmte Formulierung im Urteil versäumt worden oder nicht hinreichend genau gefasst worden, so ist die Eidesnorm durch Beschluss im Vollstreckungsverfahren festzusetzen (R.G. 11, 395, 34, 406). Nach der Verurteilung kann der Schuldner wie der Gläubiger gemäss § 889 I beim Prozessgericht I. Instanz um Anberaumung eines Termines zum Zweck der Abnahme des Offenbarungseides einkommen. Wenn aber auch jetzt, nach rechtskräftiger Verurteilung, der Schuldner sich noch nicht bequemen will, den Eid zu leisten und damit der nun auf Urteil beruhenden Verpflichtung nachzukommen, so ist er hiezu zwangsweise durch die Massnahmen des § 888, also Geldstrafe oder Haft, seitens des Prozessgerichts I. Instanz anzuhalten (§ 889, Abs. 2 mit 888 Z.P.O.) Seine Unbotmässigkeit gegenüber dem Urteilsspruche kann er erweisen entweder durch offene Eidesverweigerung oder durch blosses Nichterscheinen im Eidestermin. Wird gegen den hartnäckigen Schuldner Haftstrafe angewandt, so kann er sich jederzeit beim Amtsgericht des Haftortes zur Ableistung des Eides erbieten und dadurch die Freiheit wieder erkaufen (§ 889, Abs. 2, S. 2 mit 902 Z.P.O.)

§ 9. Unvertretbare, nicht unter § 888 Z.P.O. fallende Handlungen.

Es gibt noch Handlungen, für die § 888 Z.P.O. nicht die massgebende Norm ist, obwohl auf sie alle Erfordernisse zutreffen, die wir an die im vorhergehenden Abschnitt erörterten Handlungen gestellt haben. Auch diese Handlungen sind unvertretbar, auch sie sind ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängig. Aber sie unterscheiden sich von den unter § 888 fallenden Handlungen

ihrer besonderen Natur nach, weshalb sie im Gesetz einer exzeptionellen Regelung teilhaftig wurden.

Da ist es vor allem die Eingehung der Ehe, die § 888 Abs. 2 von einer zwangsweisen Durchführung ausgenommen wissen will. Aber nicht nur der Zwang des § 888 soll hier unanwendbar sein, sondern überhaupt jeder Zwang; ja auch jedes Zwangssurrogat ist hier verpönt; deshalb ist in § 894, Abs. 2 Z.P.O. die Eheschliessung auch als Willenserklärung ausdrücklich ausgenommen. Wie es schon von jeher der deutschrechtlichen Auffassung [1]) widersprochen hat, jemand zur Eheschliessung zu zwingen, so wiederholen die Motive (S. 186), dass es mit dem Wesen der Ehe als eines vorwiegend sittlichen, auf der ehelichen Gesinnung, gegenseitiger Liebe und gegenseitigem Vertrauen beruhenden Verhältnisses unvereinbar sei, hier auch nur indirekt Zwang auszuüben, geschweige denn direkt zwangsweise zu kopulieren. Seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ist schon eine Klage auf Eingehung einer Ehe nicht mehr möglich, so dass eine Zwangsvollstreckung überhaupt nicht in Frage kommt (§ 1297 B.G.B.) Auch auf Grund früherer, d. h. vor 1900. eingegangener Verpflichtung zur Eheschliessung kann heute nicht mehr geklagt werden (J.W. 00, 726, 01, 138, 384).

Wenn das Gesetz nun trotzdem der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe Erwähnung tut, so könnte es allenfalls von Bedeutung werden bei einer Verurteilung im Deutschen Reich vor 1900 [2]) oder Verurteilung im Ausland oder bei Eingehung der Verpflichtung zu einem Vergleich; in beiden letztgenannten Fällen aber kann es zu einer Vollstreckung nicht kommen, bei Verurteilung im Ausland wegen § 723 mit § 328, Ziff. 4 Z.P.O., bei Schliessung eines Vergleiches, weil dieser nach § 138 B.G.B. nichtig wäre. —

Selbstverständlich bleiben aber die materiellen Ansprüche wegen Verlöbnisbruchs (§ 1298 ff. B.G.B.) und deren Vollstreckung unberührt. —

Dieselben sittlichen Bedenken, die vor einer Vollstreckung der Verpflichtung zur Eheschliessung zurückschrecken lassen, treffen aber auch bei der Verpflichtung zur Herstellung des ehelichen Lebens zu. Zwar kann auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft

---

[1]) Vielmehr germanischen, nicht so der kanonischen Auffassung widersprechend; vgl. S. 21, 30 (S. 398 ff.).

[2]) Ueber die Möglichkeit der Verurteilung auf Eheschliessung, wenn das Verlöbnis vor 1900 abgeschlossen wurde (was heute kaum mehr aktuell sein dürfte!), vgl. Planck, Komm. z. B.G.B., Note 2a zu art. 198 E.G.

geklagt werden (§ 1353, 1567, Nr. 1 B.G.B., § 606 ff. Z.P.O.), aber diese Klage hat nur demonstrativen und präparatorischen Zweck; einmal will sie einen moralischen Druck auf den andern Eheteil ausüben, sich seiner Rechtspflichten bewusst zu werden; dann aber kann sie als Vorspiel zu einer Ehescheidungsklage benutzt werden und kann als solche Vorklage, die jedoch formell völlig getrennt und selbständig gegenüber der nachfolgenden Ehescheidungsklage ist, die mannigfachsten Klagebegehren enthalten (J.W. 02, 315). Auf keinen Fall ist das darauf ergehende Urteil eine brauchbare Grundlage für eine Zwangsvollstreckung. Nach den vor 1900 in Deutschland geltenden Partikularrechten einiger Staaten waren Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle noch möglich,[1]) aber diese Bestimmungen haben im B.G.B. keine Aufnahme gefunden. Die Begründung zum Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich (Bd. 4, S. 109) hebt mit Recht hervor, dass diese Zwangsmassregeln des § 774 (jetzt § 888) Z P.O. (§ 16 Ziff. 6—8 E.G. z. Z.P.O.) erfahrungsgemäss ohne praktischen Erfolg bleiben und nur dazu beitragen, die Erbitterung unter den Ehegatten zu vermehren.

Wie das Gesetz so die gerichtliche Hilfe zur Zwangsvollstreckung versagt, so ist auch Selbsthilfe zur Erzwingung der Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verboten und strafbar. (J.W. 03, 353.)

Endlich kann nicht nur die Eingehung der Ehe und die Eheherstellung nicht erzwungen werden, sondern ebensowenig die kirchliche Trauung oder die rituelle Scheidung (R.G. 57, 240).

Durch Novelle von 1898 ist auch die Vollstreckung eines Urteils auf Dienstleistung aus einem Dienstvertrag, als mit den modernen Anschauungen unverträglich, für unzulässig erklärt worden;[2]) die Gründe waren dabei weniger juristische oder wirtschaftliche, als vielmehr sozialpolitische (Stenogr. Ber. d. Reichstags, 1897/98, S. 381 ff.) Das Anwendungsgebiet dieser Novelle ist ein recht eng begrenztes. Zunächst ist der Geltungsbereich nur auf Dienste aus einem Dienstvertrag (§ 611, B.G.B.) beschränkt (s. Komm.-Ber. zur Novelle von 1898, S. 218 ff.). Dienstvertrag ist der nach § 611 B.G.B. abgeschlossene Vertrag; auch der Vertrag, der auf entgelt-

[1]) Z. B im Königr. Sachsen, Ztschr. f. Z.-Prozess, 21, 90; Urteil d. O.A.G. zu Dresden bei Seuff. A., Bd. 3, Nr. 67; nicht mehr in Preussen, Württemberg und Baden.

[2]) An der Möglichkeit der Verurteilung zur Leistung der vertragsmässigen Dienste wurde dadurch nichts geändert. R.G. 72, 394.

liche Geschäftsbesorgung nach § 675 B.G.B. gerichtet ist, ist hieher zu zählen als eine Unterart des Dienstvertrages. Dagegen sind Dienste aus einem Werkvertrag (§ 631 B.G.B.) oder auf Grund eines Auftrages (§ 662 B.G.B.) nicht mit der Rechtswohltat der Unvollstreckbarkeit ausgestattet. Wenn nun Gaupp-Stein (Komm. zu § 888, Anm. III, 3) meint, die unbezahlten Dienste auf Grund Auftrages seien nach dem Willen des Gesetzes den bezahlten Diensten auf Grund Dienstvertrages nach § 888, Abs. 2 gleichzustellen, so können wir diese Ansicht nicht teilen; zugegeben muss werden, dass es nicht folgerichtig ist, wenn das Gesetz lediglich die Dienste aus Dienstvertrag so besonders privilegiert hat; was aber für den Auftrag billig wäre, wäre für den Werkvertrag recht; Wenn man den Auftrag unter diese Gesetzesbestimmung stellen wollte, so ist nicht einzusehen, warum man den Werkvertrag nicht mit demselben Recht darunter subsumieren dürfte. Aber das wäre eine extensive Interpretation, die den Worten des Gesetzes argen Zwang antun würde. Zur Zeit der Beratung der Zivilprozessnovelle von 1898 war das B.G.B. längst publiziert; man wusste also ganz genau, was das bürgerliche Recht unter Dienstvertrag von nun an verstanden wissen will und dass es einen Unterschied macht zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag. Mag man also hier einen logischen Fehler des Gesetzes erblicken, niemals ist die Auslegung dazu da, Inkonsequenzen des Gesetzes auszumerzen. [1])

Da ferner die Novelle nur dem § 888, Abs. 2 hinzugefügt wurde, nicht auch dem § 887, so können nur die Dienste gemeint sein, die „unvertretbar" sind, die also für den Gläubiger nur wirtschaftlichen Wert haben, wenn sie gerade der Schuldner in Person leistet; die Verurteilung zu Dienstleistungen, die ebensogut ein Dritter vornehmen kann, bei denen es nur darauf ankommt, dass sie überhaupt vorgenommen werden, ganz gleich von wem, ist nach wie vor gemäss § 887 vollstreckbar. Dass wissenschaftliche, künstlerische, höhere technische, kurz Dienste höherer Art überhaupt nicht vollstreckbar sind, weil sie nicht ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängen, sondern besondere Fähigkeiten voraussetzen, wurde schon oben erwähnt.

Uneingeschränkt gilt hienach der Ausschluss der Zwangsvollstreckung nach § 888 nur für niedere Dienste, soweit unver-

[1]) Diese strenge Auffassung teilen: Struckmann-Koch, Nr. 7, Abs. 3 zu § 888; Seuffert 2c; Petersen, Nr. 10; Dernburg, B.R. II, 1, § 8, IV; Falkmann, Zw. V., S. 101.

tretbar, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es nur einzelne Dienstleistungen sind oder Dienste aus einem fortdauernden Dienstverhältnis. Auch das Gesindedienstverhältnis gehört hieher. Denn der Vorbehalt in art. 95 E.G. z. B.G.B. hat nur die bürgerlichrechtliche Regelung im Auge; auf dem Gebiet des Prozessrechts gilt die gleiche Einschränkung des Reichsrechts zugunsten des Landesrechts nicht. Es ist also für die Gesindedienste ein Zwang nach § 888 ebenfalls ausgeschlossen, aber eben nur der gerichtliche Zwang, der es mit der Vollstreckung von Urteilen zu tun hat. Aber der verwaltungsrechtliche, polizeiliche Zwang wird durch die Z.P.O. überhaupt nicht berührt. Es entbehren demnach weder die reichsrechtlichen,[1]) noch die landesrechtlichen[2]) Normen, die solchen Zwang bei Nichterfüllung der Dienstpflichten zulassen, der Rechtswirksamkeit und Ausführbarkeit.

Zu den Handlungen im weiteren Sinn gehört auch die Willenserklärung, d. h. die reine Willenserklärung als eine Handlung, die sonst nichts ist wie mündliche oder solenne Kundgebung einer gewollten Erklärung. Eine solche Willenserklärung ist ja eigentlich die typische unvertretbare, bloss vom Willen abhängige Handlung und doch ist sie nicht nach § 888 erzwingbar. Vielmehr vermeidet hier die Rechtsordnung die mit den Zwangsmassregeln des § 888 immerhin verbundene Bedrängnis des Schuldners sowie den für den Gläubiger hiedurch unvermeidlichen Zeitverlust,[3]) indem sie den Rechtserfolg, der durch die Willenserklärung hergestellt werden soll, unmittelbar herstellt; sie bewirkt also das, was der Schuldner bewirken soll, ohne ihn — eine Vollstreckung ohne wirkliche Vollstreckung, ohne jeden Zwang, eine Vollstreckung in idealster Form! Das Gesetz (§ 894 Z.P.O.) sagt, die Erklärung gilt als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Damit ist überhaupt jede eigentliche Vollstreckung überflüssig und deshalb unzulässig.

Das Urteil selbst stellt den mit der Abgabe der Willenserklärung verbundenen Rechtseffekt her und stellt sich sonach als Bewirkungsurteil dar,[4]) weil es selbst die neue Rechtslage schafft.

---

[1]) Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 (§ 53), Gewerbeordnung § 127d.

[2]) Gesindeordnungen: Preussen, Ges. O. v. 8. XI. 1810, §§ 51, 167; sächs. Ges. O. v. 2. V. 1892, §§ 22, 96; bayr. P.St.G B. art. 106, A.G z. B.G.B. art. 16, 24, 31, Heimatges. art. 39.

[3]) Motive S. 443.

[4]) Seuffert, Komm. zu § 894, N. 1 und zu § 253, N. 2 lit. c. a.

Dieses Urteil braucht keine Vollstreckungsklausel,[1]) bedarf keiner Zustellung,[2]) damit dieser Rechtserfolg eintritt. Es bedarf lediglich der formellen Rechtskraft. Nur in einem Ausnahmefall tritt die Wirkung nicht gleich mit der Rechtskraft ein, sondern erst mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, nämlich wenn die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist (§ 894, Abs. 1, S. 2, 726, 730 Z.P.O.). Denn hier muss vor Erteilung der Vollstreckungsklausel nachgewiesen sein, dass die Gegenleistung von seiten des Gläubigers entweder erfüllt oder zum mindesten in verzugbegründender Weise angeboten wurde. Es wird sonach in diesem Falle die Zugumzugleistungspflicht in eine Vorleistungspflicht des Gläubigers verwandelt.

Damit der durch das Urteil hergestellte Effekt praktischen Wert habe, muss im Urteilstenor die dem Pflichtigen obliegende Willenserklärung ihrem Inhalt nach genau und bestimmt angegeben sein. Das Urteil muss, sollte es der erforderlichen Bestimmtheit nicht ermangeln, unbedingt und vorbehaltlos sein. Deshalb tritt die Fiktion des § 894 nicht ein, wenn ein Erbe unter Vorbehalt der Haftungsbeschränkung zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt wurde, vielmehr ist hier nach § 888 die Vollstreckung des Urteils herbeizuführen (R.G. 49, 415; O.L.G. 17, 345).

Ferner kann nur ein definitiv rechtskräftiges Urteil diese Ersatzwirkung herbeiführen, nicht auch ein vorläufig vollstreckbares.[3]) Diese Regel wird gerade durch zwei Ausnahmen bestätigt, nämlich durch § 16 H.G.B. und § 895 Z.P.O. In beiden Fällen berechtigen ausnahmsweise bloss vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile zur Eintragung in öffentliche Register, das eine in das Handelsregister, das andere in das Grundbuch. Hier ist es aber auch besonders wichtig, weil infolge des öffentlichen Glaubens dieser Register eine vorläufige Sicherung durch vorläufige Eintragung geboten erscheint. Aber auch in den übrigen Fällen ist die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht völlig wirkungslos, wenn auch die Wirkung nur auf die Kostenentscheidung beschränkt ist (Bl. f. R.A., Bd. 76, S. 676).

---

[1]) Kipp a. a. O. S. 53 ff.

[2]) Vgl. § 312, Abs. 2 Z.P.O.

[3]) Seuffert zu 894, S. 645; Struckmann-Koch, N. 1, Abs. 1; Wilmovski-Levy, II, S. 792; Weismann, Lehrb. II, 230; A. M.: Kipp a. a. O., S. 115; Kohler, Arch. f. c. Praxis, 80, 281.

In § 894 ist das Urteil schon infolge der blossen Rechtskraft mit der Fiktion der abgegebenen Willenserklärung ausgestattet. Das Urteil stellt sich hier, da eine Vollstreckung auf Grund dieses Urteils gar nicht stattfinden kann, auch nicht als Vollstreckungstitel dar; es gewährt ja gar keinen Anspruch auf Zwangsvollstreckung. Da also hier das Urteil seine Wirkung nicht erzielt als Vollstreckungstitel, so kann auch den übrigen Vollstreckungstiteln nicht deshalb, weil sie Vollstreckungstiteln sind, die gleiche Wirkung zukommen.

Demnach kann weder eine einstweilige Verfügung, noch ein Vergleich diese Ersatzwirkung herbeiführen.[1] (R.G. 55, 57; 55, 88; O.L.G. 9, 130.) Während nun aber in einer einstweiligen Verfügung eine Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung überhaupt nicht aufgenommen werden kann, kann eine solche Willenserklärung wohl in einem Vergleich versprochen werden. Kohler[2] hält mit dem Reichsgericht den Vergleich für eine exekutorische Urkunde, kommt bezüglich der Vollstreckbarkeit in unserem Fall zu anderem Ergebnis wie das Reichsgericht. Er fordert lediglich einen Vollstreckungsbeschluss und imputiert dann dem Vergleich dieselbe Wirkung wie einem rechtskräftigen Urteil. Das Reichsgericht (R.G. 55, 57) erklärt § 894 für vollstreckbare Urkunden als unanwendbar und gewährt deshalb aus dem Vergleich nur Vollstreckung nach § 888 ev. 887. Kipp[3] und Weismann[4] sprechen dem Vergleich die Ersatzwirkung zu und verknüpfen sie schon mit dem Vergleichsabschluss; damit wäre aber die Willenserklärung schon abgegeben, nicht erst, wie tatsächlich, versprochen. Deshalb erscheint die Ansicht des Reichsgerichts als richtig, wenn wir auch die Ansicht teilen können, dass der Vergleich zu den vollstreckbaren Urkunden (§ 794 Ziff. 5) gehört, für die allerdings § 894 Geltung nicht beansprucht.

Ausländische Urteile und Schiedssprüche, die die Verpflichtung zu einer Willenserklärung aussprechen, erhalten die gleiche Kraft wie die Urteile der inländischen ordentlichen Gerichte, wenn sie mit einem Vollstreckungsurteil versehen sind;[5] mit der Rechts-

---

[1] Seuffert a. a. O., S. 645; Gaupp Stein, I, 1 zu 894.
[2] Kohler a. a. O., S. 286.
[3] Kipp a. a. O., S. 129.
[4] Weismann a. a. O., II, S. 231.
[5] Gaupp Stein, I, 3 zu § 894 Z.P.O.

kraft des Vollstreckungsurteils tritt dann auch der Effekt der Willenserklärung ein. (§ 722, 1042 Z.P.O.; R.G. 16,420; 8,385; 8,129.)

Aus dem Urteil muss, wie schon erwähnt, sich die Willenserklärung inhaltlich erschöpfend ergeben, zu deren Abgabe der Schuldner verurteilt ist. Die Willenserklärungen, die Gegenstand eines Urteilstenors sein können, sind ausserordentlich vielfältig; nur die Verpflichtung zum Ehekonsens kann nie in einem Urteil ausgesprochen werden (s. o.!). Es müssen aber im übrigen wirkliche Erklärungen des Willens sein, nicht Erklärungen des Wissens oder Erklärungen enuntiativen Charakters,[1]) wie Auskunft, Zeugniserteilung, Ausstellung einer Quittung. So gehören hieher:[2])

Bewilligung der Löschung einer Hypothek (R.G. 41,228; 25,37; 56, 252; J.W. 05, 29); Erteilung einer löschungsreifen Quittung (J.W. 01,307);[3]) Erklärung der Abtretung einer Forderung (O.L.G. 1,364), Bewilligung der Umschreibung einer Hypothek (J.W. 02,77), Einwilligung zur Auflassung eines Grundstücks (R.G. 31,359).

Das Urteil ersetzt auch jede Form[4]) der Willenserklärung, nicht nur die mündliche wie schriftliche, sondern auch die gerichtliche, notarielle, die Abgabe vor dem Grundbuchamt, die öffentliche Beglaubigung, sogar die etwa erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, der vorgesetzten Dienstbehörde, einer öffentlichrechtlichen Korporation[5]) (Recht 06, 384, R.G. 48, 400).

Falls aber noch Dritte eine ergänzende Erklärung abzugeben haben, so kann dies natürlich, wenn der Dritte nicht gleichzeitig verurteilt ist, nicht durch das Urteil als abgegeben fingiert werden, z. B. die Erklärung von Miteigentümern (Recht 10, Nr. 3233). Ebensowenig ersetzt das Urteil die Zustimmung des Ehegatten, wenn diesem gegenüber das Urteil nur mit dessen Zustimmung Wirkung äussern könnte.

Besonders hervorzuheben ist, dass bei gegenseitigen Erklärungen nur die Erklärung des verurteilten Schuldners surrogiert wird, dass also der Gläubiger seine Gegenerklärung immer noch

---

[1]) Kipp a. a. O. S. 82.

[2]) Vgl. §§ 108, 177, 925, 1396, 1448 B.G.B.

[3]) Unterschied zw. Erteilung und Aushändigung einer löschungsfähigen Quittung R.G. 48, 398.

[4]) Seuffert zu 894, N. 2; Kipp, S. 87; Kohler a. a. O., S. 274; Gaupp Stein zu 894, Anm. II, N. 24.

[5]) Sydor Busch zu § 894, S. 844; a. M.: Kipp, S. 60; Gaupp Stein zu § 89, 4, II.

in der vom materiellen i. e. bürgerlichen Recht vorgeschriebenen Form abzugeben hat, z. B. bei §§ 313, 925 B.G.B. in der notariellen Form bezw. vor dem Grundbuchamt. (R.G. 31,359.)

Unanwendbar ist die Fiktion des § 894 dann, wenn ausser der Abgabe einer Willenserklärung eine rechtlich wichtige Sache, z. B. eine Urkunde herzustellen ist, die die sächliche Grundlage rechtlicher Vorgänge ist,[1]) deren Existenz zur Entstehung des Rechts erforderlich ist; man könnte hier von einer Genitivfunktion der Urkunde sprechen, z. B. Ausstellung eines Wechsels, Frachtbriefes etc.

Wenn Dritten gegenüber eine Erklärung abzugeben ist, z. B. Kündigung eines Mietverhältnisses, Aufkündigung einer Gesellschaft, so kann gleichfalls § 894 in seiner selbsttätigen Wirkung nicht Anwendung finden; denn das Urteil kann doch nur die Rechtsverhältnisse der am Streite Beteiligten, nicht völlig unbeteiligter Dritter tangieren,[2]) ausser in den wenigen Fällen, wo die materielle Rechtskraft kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung auch auf Dritte übergreift. Für die Regel gilt noch der gemeinrechtliche Satz: res iudicata facit ius inter partes. (Vgl. § 325 f. Z.P.O.) Es würde denn doch in der Praxis zu recht eigentümlichen und befremdlichen Komplikationen führen, wenn z. B. plötzlich, gleichsam über Nacht, dem ahnungslosen C die Wohnung als gekündigt gälte, weil B auf Klage des A hin zur Kündigung dem C gegenüber verurteilt wurde!

Endlich kann auch die Verpflichtung zur Vornahme einer Prozesshandlung nicht durch das rechtskräftige Urteil schon als erfüllt angesehen werden, sondern es ist in diesen Fällen der Zwang nach § 888 angebracht, so bei Verurteilung zur Erhebung oder Zurücknahme einer Klage, Stellung oder Zurücknahme eines Strafantrages.

Die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, das nun auf eine der möglichen Willenserklärungen lautet, ist die, dass die Willenserklärung als abgegeben fingiert wird. Es soll alles genau so gelten, als ob der Schuldner seiner Rechtspflicht zur Erklärungsabgabe in ordentlicher Weise nachgekommen wäre und zwar im Augenblick, wo das Urteil die Rechtskraft beschritten hat. Die sekundäre Folge ist dann, dass die auf die Willenserklärung aufgebauten Rechtsfolgen durch aktives Tätigwerden des Gläubigers

[1]) Kipp, S. 100 ff. Seufferts Komm., II, S. 646 unten.

[2]) Seuffert, S. 646; Weismann, II, 228; Kipp, S. 82; Kohler a. a. O., 269; a. M.: Gaupp Stein, II, N. 12, Anm. I, 2; R.G. 42,60.

herbeigeführt werden können; z. B. auf Antrag des Gläubigers kann jetzt unter Vorlage des rechtskräftigen Urteils eine Eintragung im Grundbuch bewirkt werden. Auch wenn der Schuldner nachträglich zur tatsächlichen Abgabe der Willenserklärung unfähig geworden wäre, z. B. durch Veränderung in seiner Geschäftsfähigkeit (§ 105, 2, 3 B.G.B.), so hätte das auf den fingierten Effekt keinen rückwirkenden Einfluss mehr, sofern vorher noch die Rechtskraft des Urteils eingetreten ist. Umgekehrt haften der fingierten Erklärung alle Mängel an, die die Willenserklärung des Schuldners selbst als wirklich abgegebene in ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit berührt hätten, z. B. wenn der Schuldner zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft die Willenserklärung mangels Legitimation nicht mehr hätte abgeben dürfen.

Selbstverständlich ist, dass die automatische Wirkung des rechtskräftigen Urteils dann versagen muss, wenn das Urteil rechtskräftig wird, ehe der Termin zur Abgabe der Willenserklärung herangekommen ist; in diesem Fall muss der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung schreiten nach Ablauf des Termins und zwar auf dem für beide Teile umständlicheren Weg des § 888.[1])

Durch Novelle vom 1. Juni 1909 wurde eine Reihe von Handlungen, auf die alle Voraussetzungen des § 888 an sich zutreffen würden, aus dem Rahmen dieser Gesetzesvorschrift herausgenommen. § 510b Z.P.O.[2]) bestimmt, dass im amtsgerichtlichen Verfahren auf Antrag des Klägers bei Verurteilung zu einem Tun, zur Vornahme einer Handlung, dem Beklagten zur Vornahme der Handlung eine Frist gesetzt werden kann, nach deren fruchtlosem Ablauf er eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Entschädigung, als Schadensersatz also, zu zahlen hat; Voraussetzung ist aber, dass dem Kläger nach materiellem Recht bei Nichterfüllung des ersten, primären Anspruchs ein Eventualanspruch auf Schadensersatz zusteht.[3])

Diese Schadensersatzpflicht wird dann gleich im Urteilstenor zum Ausdruck gebracht. § 888a hat dann für diesen Fall die zwangsweise Vollstreckung der Handlung selbst durch Beugemittel

[1]) § 751 Z.P.O. kann für Fälle des § 894 nicht Anwendung finden, weil eine „Zwangsvollstreckung" überhaupt nicht stattfindet. Nach dem Wortlaut des § 894 wird die Willenserklärung ipso iure durch Eintritt der Rechtskraft ersetzt, was in unserem Fall aber nicht zutreffen kann. Eine weitergehende Interpretation halten wir nicht für angängig. Die Literatur schweigt m. W.

[2]) Vgl. auch § 255 Z.P.O.

[3]) z. B. §§ 283, 325, 326, 354, 527, 542, 634 B.G.B.

ausgeschlossen und lediglich die Vollstreckung wegen der Geldforderung dem Gläubiger anheimgestellt. Der Zweck ist der, sowohl im Interesse des Gläubigers, wie in dem des Schuldners die langwierige Zwangsvollstreckung sowie eine etwaige neue Klage auf Schadensersatz (§ 893 Z.P.O.) zu ersparen. Die freiwillige Vornahme der Handlung wird durch diese Gesetzesstellen natürlich nicht behindert.

Gleichlautende Bestimmungen finden sich noch im Gewerbegerichtsgesetz,[1]) aus dem die Bestimmung des § 510 b Z.P.O. übernommen wurde, sowie im Kaufmannsgerichtsgesetz,[2]) [3]) nur mit dem Ausmass, dass hier das Verfahren nicht fakultativ, sondern obligatorisch gemacht ist.

---

§ 10. Das Verfahren in der Vollstreckungsinstanz.

Wenn in einem Urteil eine nach § 888 zu vollstreckende Verpflichtung zu einer unvertretbaren Handlung ausgesprochen ist, so ist das Verfahren in der Vollstreckungsinstanz folgendes:

Voraussetzung für den Beginn der Vollstreckung, dass das Urteil vollstreckbar geworden ist und dem Schuldner zugestellt ist (§ 704, 750 Abs. 1 Z.P.O.) Unter Beifügung der vollstreckbaren Ausfertigung (§ 724) und des Zustellungsnachweises muss dann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung beim Prozessgericht erster Instanz beantragen; von Amtswegen wird ja das Gericht nicht tätig; denn in der Vollstreckungsinstanz herrscht durchweg die Verhandlungsmaxime. Dieser Antrag, als bestimmender Schriftsatz, unterliegt, wenn er an das Landgericht geht, dem Anwaltszwang (§ 78, 81, 181 Z.P.O.). Das Gericht hat die allgemeinen Voraussetzungen wie bei jeder Exekution zu prüfen, aber auch weiterhin, ob hier eine Handlung vorliegt, die nach § 888 erzwungen werden darf. Hiezu bedarf es nicht der Zuziehung der Parteien in einer mündlichen Verhandlung, wobei es allerdings in freiem Ermessen des Gerichts steht, ob es mündliche Verhandlung anordnen will oder nicht; wohl aber muss dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden, sich auf die Anträge des Gläubigers zu äussern (§ 891). Zu diesem Zweck kann das Gericht ihn mit oder ohne Fristsetzung zu münd-

---

[1]) G.G.G. § 51, 78.

[2]) Kfm.G.G. § 16.

[3]) Auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung (§ 91 a, 91 b, 127 d), sowie Seem.-O. (§ 107, 114) wurde bereits (vor § 7) hingewiesen.

licher oder schriftlicher Aeusserung auffordern. Ob der Schuldner von seiner Befugnis zu rechtlichem Gehör Gebrauch macht, und in welcher Form er dies tut, ist seine Sache. Der Schuldner hat mithin die Möglichkeit, seine Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung vorzubringen; aber nicht alle Einwendungen, die ihm überhaupt zustehen, kann er in diesem Verfahren vorbringen; hier sind nur solche Einwendungen zugelassen, die unter § 766 fallen, also z. B. der Antrag auf Vollstreckung sei mit Rücksicht auf die Art der vorzunehmenden Handlung noch verfrüht (R.G. 23, 364; O.L.G. 2, 128), oder der Gläubiger habe die Vornahme der Handlung verhindert (R.G. in Seuff. A. 54, Nr. 200). Einwendungen, die den Anspruch auf Vornahme der Handlung selbst betreffen, wie z. B., dass die Handlung bereits vorgenommen sei oder dass die Verpflichtung zur Vornahme auf andere Weise erloschen sei oder Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 767, 768) können nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden; in diesem Verfahren ist der Schuldner jedenfalls damit nicht zu hören, es sei denn, dass das Gericht auf Antrag von seinem Recht auf Einstellung der Zwangsvollstreckung Gebrauch macht (§ 769). Im übrigen aber sind auch Beweisanträge jeder Art in diesem Verfahren zulässig; auch Partei-Eide können zu- und zurückgeschoben sowie vom Gericht auferlegt werden; die Auflage eines Eides erfolgt jedoch stets durch Beschluss (vgl. Seuffert, Komm. zu § 891).

Die Entscheidung des Gerichts erfolgt, auch wenn mündliche Verhandlung stattgefunden hat, durch Beschluss (R.G. 18, 360; 32, 379; J.W. 03, 99).[1]) Gegen die Entscheidung gibt es das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gemäss § 793; ja selbst wenn das Gericht in einem Urteil statt in einem Beschluss entschieden, sich also in der Form des Bescheides vergriffen hätte, wäre einzig und allein die sofortige Beschwerde zulässig (R.G. 15, 392; 15, 412; 18, 140, 360; 32, 380; J.W. 00, 155; 02, 272; 03, 99). Der Beschluss muss dann, soferne er nicht verkündet worden ist, beiden Parteien von Amtswegen zugestellt werden (§ 329, Abs. 3); sind die Parteien vertreten, so haben die Zustellungen an die Prozessbevollmächtigten erster Instanz zu geschehen (§ 176, 178 Z.P.O.). Ein Suspensiveffekt kommt diesem Beschluss nicht zu (§ 793, 794 Nr. 3, 572, Abs. 1). In der Beschwerdeinstanz kann der Schuldner in einer

[1]) Gaupp Stein (9) zu § 128, V. B 5 (S. 301).

mündlichen Verhandlung zu Worte kommen, eine Pflicht aber, analog dem § 891, gibt es hier für das Beschwerdegericht nicht.

Für den Fall, dass ein Bescheid im Sinn des Antrages des Gläubigers ergeht, hat der Beschluss dahin zu lauten, dass dem Schuldner bei Meidung einer Geldstrafe bis zum Gesamtbetrage von 1500 M. oder bei Meidung der Zwangshaft geboten wird, die im Urteil bezeichnete Handlung vorzunehmen. Dieser Beschluss enthält also die Strafdrohung. Ob diese Strafdrohung etwa schon in das verurteilende Erkenntnis aufgenommen werden darf, darüber besteht in der Literatur Meinungsverschiedenheit. Seuffert (Komm. S. 633) steht auf dem Standpunkt, dass es wohl zulässig sei, wenn der Gläubiger es beantragt und schliesst das aus § 890, wo im Gesetz ausdrücklich die Zulässigkeit des Ausspruchs im Urteil erwähnt ist; was aber für § 890 rechtens sei, müsse auch für § 888 bei sonst völlig gleicher Struktur angewandt werden können; seiner Ansicht pflichten auch Kohler (Arch. f. civ. Pr. 80, 252) und Weismann (Lehrb. II, S. 225 IV 1) bei. Die gegenteilige Ansicht, dass die Androhung als eine schon zur Exekution gehörige Massregel im Urteil unstatthaft sei, vertreten Struckmann-Koch (9), N. 2 Abs. 1; Gaupp Stein (9), N. II 1; Petersen (5), N. 4; R.G. in J.W. 09, 24; Seuff. A. 74 Nr. 86; 48 Nr. 234; Gruch, Beitr. 53, 726; Samml. v. Entsch. d. bay. ob. L.G. 14, 798; 15, 264; Rhein. Arch. 87, 1, 93; R.G. 34, 174. Trotz der erdrückenden Anzahl der Gegner glauben wir uns der ersten Ansicht anschliessen zu müssen, da doch bei derselben ratio legis eine Analogie mit § 890 nicht von der Hand gewiesen werden kann.

Mit der Strafandrohung in dem Beschluss des Prozessgerichts beginnt die Zwangsvollstreckung; eine ausdrückliche weitere Strafdrohung, insbesondere eine Aufforderung an den Schuldner, die Handlung innerhalb einer bestimmten Frist vorzunehmen, ist im Gesetz nicht verlangt und auch völlig überflüssig.[1]) Gesetzwidrig wäre es allerdings nicht.

Jedoch erfüllt die Androhung im ersten Beschluss des Prozessgerichts bezw. schon im Urteil bereits den Zweck, den Schuldner durch Vorstellung der unangenehmen, gesetzlichen Folgen seines Widerstandes zum Aufgeben desselben zu bestimmen; eine weitere Verzögerung ist bei dem ohnehin schon langwierigen Verfahren

[1]) Seuffert, S. 663; Struckmann-Koch, N. 3 Abs. 3; Gaupp Stein, III, 3; Petersen, N. 5; Ztschr. f. Ziv. Proz., 26, 451. — a. M.: Kohler. in Arch. f. civ. Prax., 80, 251.

im Interesse des Gläubigers mangels ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nicht zu befürworten.

Wenn der Schuldner auch diesem Beschluss gegenüber, der ihm Geldstrafe oder Haft in Aussicht stellt, — kumulative Androhung ist nach den klaren Worten des Gesetzes nicht zugelassen — seine passive Resistenz fortsetzt, kann der Gläubiger beim Prozessgericht einen weiteren Beschluss erwirken, worin über den renitenten Schuldner eine der angedrohten Strafen wirklich verhängt wird. Die einzelnen Strafen können wiederholt ausgesprochen werden bis zur Maximalgrenze, nämlich Geldstrafe, solange bis die Gesamtsumme 1500 M. erreicht, sowie Haft bis zur Längstdauer von sechs Monaten (§ 913; R.G. 7,359). Im einzelnen sind hier verschiedene strittige Punkte zu erörtern:

Dass das Gericht nicht über das vom Gläubiger beantragte Mass beim Erkenntnis der Strafe hinausgehen darf, geht schon aus dem im Vollstreckungsverfahren herrschenden Dispositionsprinzip hervor, was speziell hier in dem Satz zum Ausdruck kommt: „ne eat judex ultra petita partium.“ Zudem besteht für das Gericht gar kein hinreichender Grund, über den Auftrag des Gläubigers hinauszugehen, wenn dieser mit der beantragten Zwangsstrafe seinen Zweck erreichen zu können glaubt. Stellt doch der Staat seine Rechtsschutzgewalt dem Gläubiger zum Schutz seiner Privatinteressen zur Verfügung und will nur darüber wachen, dass der Gläubiger seine Ansprüche nicht mit unnötiger Härte oder Schikane gegen den Schuldner unter Missbrauch der staatlichen Zwangsgewalt verfolge; deshalb kann aber andererseits das Gericht wohl unter das beantragte Mass herabgehen. Aus denselben Gründen dürfte wohl auch die Wahl der zur Brechung des Widerstandes des Schuldners geeigneten Zwangsmittel, ob Geldstrafe, ob Haft, dem Gläubiger zustehen. Es wäre noch zu erwägen, dass das Gericht andernfalls durch Androhung der Haft wider den Willen des Gläubigers denselben von wirksamer Rechtsverfolgung ausschliessen könnte, falls er die von ihm vorzuschiessenden Haftkosten nicht aufbringen wollte oder könnte. Mag auch der Wortlaut des § 888 nicht ganz für diese hier entwickelte Ansicht sprechen — er spricht immerhin auch nicht gerade dagegen — so sind die praktischen Gründe u. E. doch so durchschlagend, dass die Gegenansicht nicht nur sie schwerlich widerlegen, sondern auch kaum ebenso triftige Gründe gegenüberstellen kann. [1])

[1]) Die hier vertretene Ansicht findet sich bei: Weismann, Lehrb. II, S. 225;

Ist der Grundbefehl, d. i. der die Vollstreckung einleitende Beschluss des Gerichts, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrag von 1500 M. oder durch Haft anzuhalten sei, einmal ergangen, so kann kraft dieses Beschlusses bei fortdauerndem Widerstand des Schuldners die Geldstrafe solange durch jeweiligen Strafbefehl verhängt werden, bis diese Gesamtsumme erreicht ist; ist auch damit dem Schuldner noch nicht beizukommen, so kann ein neuer Strafbefehl beantragt werden, der schlechthin auf Haft erkennt;[1]) der Gläubiger kann dann bis zur Höchstdauer von sechs Monaten gegen den Schuldner vollstrecken lassen. Eine Umwandlung der Geldstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit in Haft ist dagegen ausgeschlossen, weil das Gesetz sie hier nicht wie in §§ 380, 390 zugelassen hat; das ist die allgemeine Ansicht.[2]) Der innere Grund ist wohl darin zu erblicken, dass ja nach fruchtloser Vollstreckung der Geldstrafe immer noch Haft beantragt werden kann.

Gegen jeden einzelnen die Strafe verhängenden Beschluss — man kann ihn Strafbefehl heissen — steht neuerdings das Recht der sofortigen Beschwerde (§ 793) zu, was aber seine Vollstreckung nicht aufhalten kann. Die Vollstreckung ist jedoch unzulässig, wenn der Schuldner in der Zwischenzeit, d. h. bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung, seiner Verpflichtung nachgekommen ist.[3]) Damit aber schneiden wir die brennende Frage an, welche rechtliche Natur diesen Zwangsstrafen des § 888 zukommt. Die überwiegende Ansicht betrachtet die Strafen als reine Zwangsmittel.[4]) Vereinzelt findet sich auch die Meinung vertreten,[5]) dass die Strafen Kriminal-

---

Falkmann, Zwangsv. (1), S. 307 ff.; Hellmann, Lehrb., S. 885; Planck, Lehrb. II, S. 790; Seuffert, 1e, S. 634; Wilmovski-Levy (7), N. 2 zu § 774 alt; v. Bülow, N. 2 zu § 774 alt; Ztsch. f. Ziv. Proz., 10, 124 (Helmkampf). — a. M.: Struckmann-Koch (9), N. 2 Abs. 2; Gaupp Stein (9), N. II, 2; Petersen (5), N. 4; Seuff. A. 48, Nr. 96 u. Ztsch. f. Z.P., 19, 309; Seuff. A. 49, 138 u. Ztsch. f. Z.P. 21, 336; (O.L.G. Marienwerder bezw. Breslau).

[1]) Weismann, Lehrb. II, S. 224, N. 17; Ztsch. f. Z.P. 21, 337; Seuffert, 1d, S. 634.

[2]) Seuffert, 1c, S. 634; Wach, Hdb. d. D.Z.P.R. (1885), I, 276.

[3]) Gaupp Stein, N. II, zu 888, Fussn. 32; Kohler, in Ztsch. f. c. Praxis, 80, 259; Motive, S. 444; Isaac, in Zt. f. ges. St.R.; Wiss, 21, 686, R.G. 24, 380, 37, 408 — a. M.; Schneider, in Z. f. Z. Prozess, 26, 448.

[4]) Gaupp Stein, N. III 1; Isaac a. a. O., S. 635; 686; Weismann II, S. 225; Schultzenstein, in Zt. f. Z. Proz., 35, 490; teilweise abweichend Schmidt, Lehrb. d. Z.P.R. (2) 1906, § 143, III.

[5]) Schneider, Ztsch. f. Z. Proz., 26, 448 ff.

strafen seien, indem sie eine öffentlich-rechtliche Sühne für den Ungehorsam gegenüber dem Urteil darstellten. Diese Ansicht ist jedenfalls zu verwerfen; denn mit einem kriminellen Unrecht hat man es hier nicht zu tun. Die Z.P.O. hat auch kein Strafgesetz aufstellen wollen, noch viel weniger kann man das verurteilende Erkenntnis als strafrechtliche Norm ansprechen. Das Gesetz wie das darauf begründete Urteil wollen lediglich Privatinteressen schützen; es soll der Wille des Schuldners beeinflusst werden, etwas zu tun; tut er es dann wirklich, wenn auch nach langem Widerstreben, so fällt damit jede Veranlassung für weiteren Zwang weg. Eine Strafe dafür, dass der Schuldner nicht sofort seine Verpflichtung zur Handlung erfüllt hat, will das Gesetz nicht aussprechen; regelmässig begründet Nichteinhaltung einer privatrechtlichen Vertragspflicht überhaupt keinen staatlichen Strafanspruch (Ausnahme: § 329 R.St.G.B.!). Es soll allerdings dem Schuldner ein Uebel zugefügt werden durch einen Eingriff in das Rechtsgut des Vermögens oder der Freiheit, aber der Zweck ist weder Vergeltung für die Nichterfüllung des Urteilstenors, noch Schutz vor seinem bösen Willen, vielmehr einzig und allein Druck auf den Schuldner, dass er wolle, was er soll. Die Ansicht, dass man es hier mit Zwangsmitteln zu tun habe, teilt auch Seuffert (zu § 888, N. 1 c. d. und zu § 380, N. 1, Abs. 3), wenigstens für die Haftstrafe. Die Geldstrafe ist nach dieser Auffassung eine Ordnungs- oder Exekutivstrafe, genau so wie die Strafe gegen den ausgebliebenen Zeugen (§ 380), während die Haft nur Zwangsmittel ist. Diese Unterscheidung lässt sich auch vertreten; denn schon im Straf-Beschluss zeigt sich ein Unterschied: während die Geldstrafe in bestimmter Höhe verhängt wird, wird die Haftstrafe im Haftbefehl ohne Zeitgrenze ausgesprochen; die Haftstrafe wird dann auf Antrag des Gläubigers bis zur Gesamtdauer von höchstens sechs Monaten vollstreckt, wobei dem Schuldner es jederzeit ermöglicht ist, durch Ausführung der Handlung sofort die Freiheit wieder zu erlangen, kurz es soll der Zwang hier solange fortgesetzt werden, bis der Schuldner klein beigibt oder die Höchstgrenze erreicht ist. [1]) Die Zwangsstrafen treffen also den Ungehorsam nicht wie eine kriminelle oder polizeiliche Strafe als malum passionis propter malum actionis, nicht weil Widerstand gegen das Urteil geleistet wurde, sondern als Exekutivstrafe, damit nicht weiterhin der Wider-

[1]) R.G. 7, 358; „Crescente contumacia erescere debet poena"; Kohler a. a. O., S. 260.

stand fortgesetzt werde; das Gesetz will nicht ahnden, sondern den Willen beugen, es will ein rechtmässiges Handeln im konkreten Fall erzwingen.

Aus dieser rechtlichen Qualifikation der Zwangsstrafen ergeben sich einige wichtige Konsequenzen:

Dass zur Vornahme einer Handlung nach § 888 gar nicht erst verurteilt werden kann, wenn sie schon zur Zeit der Erlassung des Urteils unmöglich ist, ist schon oben hervorgehoben; aus dem Charakter der Strafen als Zwangsmittel ergibt sich aber weiter, dass das Urteil auch nicht mehr vollstreckt werden kann, wenn nach Erlassung desselben die Handlung unmöglich geworden ist und zwar ohne Rücksicht, ob okjektive oder subjektive, ob verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit eingetreten ist. Zur Vornahme der Handlung muss dem Schuldner auch ein genügender Zeitraum gelassen werden, widrigenfalls er ein Erinnerungs- bezw. Beschwerderecht nach § 766 geltend machen kann. Ferner ist jetzt auch der oben eingenommene Standpunkt gerechtfertigt, dass nämlich die Vollstreckung unstatthaft wird, wenn vorher noch der Schuldner die Handlung vorgenommen hat; denn ein widerstrebender Wille, der gebrochen werden sollte, ist nicht mehr vorhanden. [1]) Endlich kann ein und dieselbe Handlung Anlass geben sowohl zu strafrechtlichem Einschreiten, wie auch zu einem Zwangsstrafverfahren, ohne dass der Grundsatz „ne bis in idem“ verletzt ist, weil eben jedes Verfahren seinen besonderen Zweck verfolgt.

Die Vollstreckung der Haft richtet sich nach den in §§ 904 bis 913 Z.P.O. enthaltenen Regeln; ein näheres Eingehen auf dieselben können wir uns bei deren Klarheit und seltenen Unbestrittenheit ersparen. Diese Haft unterscheidet sich wesentlich von der durch R.G. v. 1868 beseitigten Schuldhaft; denn da sollte der Schuldner meist etwas leisten, was er nicht leisten konnte, er sollte also mehr oder weniger als Geisel dienen, damit dadurch ein Druck auf die Familie oder auf Freunde des Inhaftierten ausgeübt werde, dass diese für seine Schuld eintreten; oder es sollte als Schreckmittel gegen leichtsinniges Schuldenmachen wirken; dem Wesen nach war also die Schuldhaft kein Beugemittel, kein Zwangsmittel gegen den Schuldner, sondern höchstens ein Zwangsmittel gegen Dritte.

Die Geldstrafe ist zugunsten des Fiskus des Staates, dem das die Strafe verhängende Gericht angehört, nach den §§ 803 ff.

[1]) Isaac a. a. O., S. 663.

zu vollstrecken. Wenn dem Fiskus die Geldstrafe zufällt, so ist damit nicht etwa ausgedrückt, dass der Staat einen Strafanspruch hätte, dass also eine kriminelle Strafe zu vollstrecken sei, sondern der Staat muss die Geldstrafe erhalten, weil sie doch dem Gläubiger nicht zugesprochen werden kann, jemandem aber die Geldsumme anfallen muss. Strittig ist übrigens, wer die Vollstreckung der Geldstrafe betreiben muss. Die einen sagen, die Geldstrafe sei ein Vollstreckungsmittel, ein Mittel zur Realisierung des Anspruchs des Gläubigers, also sei sie durch den Gläubiger selbst auch beizutreiben. [1]) Nach der anderen Meinung erfolgt die Vollstreckung der Geldstrafe als Ordnungsstrafe von Amtswegen. [2]) Da wir die Ansicht vertreten haben, dass die Geldstrafe Ordnungsstrafe sei, müssen wir uns der zweiten Meinung anschliessen.

Wie steht es aber mit der Vollstreckung einer der erkannten Strafen, wenn der Schuldner prozessunfähig oder eine juristische Person ist?

Für die Beantwortung dieser Frage lassen sich im wesentlichen zwei Hauptrichtungen mit kleinen Abweichungen unterscheiden. Die eine Ansicht ist, dass der Zwang stets nur gegen den gesetzlichen Vertreter geübt werden könne und dürfe, so Gaupp Stein (N. IV zu 888); Petersen (N. 1); Weismann (II S. 225). Isaac (a. a. O. S. 658 ff.) und Kohler (a. a. O. S. 263) sind uneingeschränkt dieser Ansicht, wenn es sich um einen geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Schuldner handelt und die Handlung zum Pflichtenkreis des gesetzlichen Vertreters gehört; soweit juristische Personen in Betracht kommen, weichen sie von einander ab, indem Isaac (S. 649) mit Schultzenstein (in Zt. f. Ziv. Proz. 35, 492) den Zwang nur gegen die juristische Person selbst zulassen wollen (R.G. 43, 405), Kohler dagegen in Uebereinstimmung mit Seuffert (1 f.) sowohl gegen die juristische Person, als auch gegen deren Organe die Anwendung der Zwangsstrafen für zulässig erklärt.

Die entgegengesetzte Ansicht, nämlich dass der Zwang nie gegen den gesetzlichen Vertreter, sondern stets gegen die Schuldnerpartei selbst sich richten müsse, nimmt nur Schultzenstein (a. a. O. S. 492) ein. Zur Begründung bezieht er sich auf § 887 und schliesst

[1]) Weismann II, S. 225, N. 3; Struckmann-Koch (9), N. 3; Wilm.-Levy (7), Nr. 3 zu § 774 alt; Gaupp Stein, N. II, 4; Petersen (5), N. 6; R.G. 53, 181; Zt. f. Ziv. Proz. 7, 115; Bl. f. R.A., 72, 801 u. Zt. f. Rpfl. i. B., 3, 301; O.L.G. 17, 199.

[2]) Seuffert, S. 633; Planck, Lehrb. II, 791; Schneider a. a. O., S. 450; bay. G.A. für d. G.V., § 208, II.

von da aus auch auf dieselbe Auslegung für § 888, weil beide Paragraphen wegen Wortlaut und Zusammenhang zusammengehören. Er übersieht dabei aber völlig, dass es sich in § 887 um etwas ganz anderes als um Zwangsmittel zur Erwirkung einer Handlung, nämlich um Ersatzvornahme handelt, so dass eine Willensbeugung gar nicht in Frage kommt.

Eine Mittelstellung nimmt Seuffert ein: bezüglich der juristischen Person teilt er den Standpunkt von Kohler; er lässt also Zwang sowohl gegen die juristische Person selbst,[1]) als auch gegen die Organe als gesetzliche Vertreter derselben zu. Seine Begründung hiefür im Zusammenhalt mit der bei Kohler (S. 265 ff.) erscheint uns als durchaus zutreffend, so dass wir uns unbedenklich dieser Anschauung anschliessen können. Hinsichtlich der prozessunfähigen Personen unterscheidet Seuffert — in einem gewissen Anklang an Isaac (a. a. O. S. 658, 660) — zwischen den Handlungen, die der gesetzliche Vertreter vorzunehmen hat und solchen, die vom prozessunfähigen Schuldner in Person vorzunehmen sind; je nachdem ist dann auch der Zwang gegen den gesetzlichen Vertreter oder gegen den Schuldner selbst auszuüben. Wenn man auf den Zweck der Zwangsstrafen zurückgreift und auf ihre rechtliche Natur als Zwangsmittel, Beugemittel des Willens, wenn man also berücksichtigt, dass der alleinige Zweck ist, den widerstrebenden Willen des Handlungspflichtigen zu beugen, so ist diese Auslegung nur logisch und vernunftgemäss.

Mit dem Wesen der Strafen als Zwangsmittel, die lediglich im Interesse des Gläubigers die Rechtsordnung zur Verfügung stellt, ist es auch vereinbar, dass der Gläubiger von der Vollstreckung absehen kann — anders bei der einmal verhängten Geldstrafe, weil diese als Ordnungsstrafe von Amtswegen zu vollstrecken ist —; auf die Vollstreckung der Haft kann also der Gläubiger verzichten (Kohler a. a. O. S. 256; R.G. 53, 181); von seinem Willen hängt es auch ab, ob er die Haft bei fortdauernder Resistenz des Schuldners die vollen sechs Monate hindurch vollstrecken lassen will oder nicht.

§ 11. Der Anspruch auf das Interesse.

Allmächtig ist aber auch die Rechtsordnung nicht. Sind alle Mittel des § 888 erfolglos gegen den Schuldner zur Anwendung

[1]) Hier ist natürlich nur Verhängung einer Geldstrafe möglich! Verhängung der Haft nur gegen die Organe.

gekommen oder hat der Gläubiger auf sie als aussichtslos verzichtet, oder ist nach § 888 Abs. 2 ein Zwang überhaupt nicht statthaft, dann sind die prozessualen Mittel zunächst erschöpft. Hier kann nun das bürgerliche Recht ergänzend und helfend eingreifen; die Zivilprozessordnung weist in § 893 auf dieses Aushilfsmittel hin. Die Prozessordnung will also nicht von sich aus dem ohne diesen Ausweg matt gesetzten und rechtlos gewordenen Gläubiger die Interesseforderung einräumen, sondern sie will nur einem aus anderer Rechtsquelle zu schöpfenden Recht freien Lauf lassen. Insoweit nun das Bürgerliche Gesetzbuch[1]) die rechtliche Handhabe bietet, die Interesseforderung geltend zu machen, stehen dem Gläubiger folgende Wege zur Verfügung:

Entweder er geht während des Prozesses schon von der Forderung auf die Vornahme der Handlung zur Forderung des Interesses über, wozu er ohne Einwilligung des Gegners berechtigt ist, weil es als Klagsänderung im Sinne des § 264 Z.P.O. nicht gelten soll (§ 268 Ziff. 3, 529, Abs. 2 Z.P.O.).

Oder er klagt alternativ auf die Handlung oder auf das Interesse (nach Wahl des Schuldners) (§ 264 B.G.B.).

Oder er klagt erst auf die Handlung und verfolgt in einem weiteren Prozess die Interesseforderung.

Gerade diesen letzten Weg kann der Gläubiger beschreiten, sowohl nachdem er die Mittel der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Handlung ergebnislos versucht hat, als auch wenn er es auf diesen Versuch gar nicht erst hat ankommen lassen. (§ 283 B.G.B.).

Die Forderung auf das Interesse ist nichts anderes als ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung zum Handeln; deshalb sind auch für die Höhe der Forderung die §§ 249 ff. B.G.B. massgebend; so kann insbesondere nach § 252 B.G.B. auch lucrum cessans neben damnum emergens beansprucht werden.

Diese Schadensersatz- oder Interesseforderung des Gläubigers ist wohl zu unterscheiden von der Geldstrafe, die nach § 888 über den Schuldner verhängt werden kann. Die Geldstrafe braucht in ihrer Höhe durchaus nicht mit Rücksicht auf das Vermögensinteresse des Gläubigers an der Vornahme der Handlung festgesetzt werden, sondern sie wird sich nach der mehr oder weniger grossen Renitenz

[1]) B.G.B. §§ 280, 286, 325, 326. — 283.

und Hartnäckigkeit des Schuldners richten: es kann durch die Geldstrafe deshalb viel tiefer in die Vermögenssphäre des Schuldners eingegriffen werden, als durch die Interesseforderung. Weiter hindert die Verhängung und Einziehung der Geldstrafe oder von Geldstrafen auch nicht, dass der Gläubiger nachträglich auch noch wegen seiner Interesseforderung vollstrecke; denn die Geldstrafe ist ja, wie ausgeführt, eine gerichtliche Exekutivstrafe, die dem Fiskus anheimfällt, während die Interesseforderung ein Aequivalent für den Gläubiger für die nicht erfüllte Verpflichtung des Schuldners zum Handeln und für den dadurch dem Gläubiger erwachsenden Schaden sein soll.

Das Recht des Gläubigers auf das Interesse ist eine selbständige, auf dem bürgerlichen Recht fussende Befugnis, der Gläubiger kann deshalb auch Gebrauch machen in Form irgendeiner Einrede, insbesondere der Aufrechnungseinrede gegenüber einem Forderungsrecht seines Schuldners gegen sich; er kann ja auch von vornherein unter gewissen Umständen anstatt auf die Handlung gleich auf Schadensersatz klagen (z. B. wegen Verspätung der Erfüllung); die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich hier nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 12 ff. Z.P.O.).[1])

Wenn er aber zuerst ein auf die Handlung selbst erkennendes Urteil erwirkt hat und dann erst auf das Interesse statt der ursprünglichen Leistung klagt (§ 893 Z.P.O. § 283 B.G.B.), dann besteht für diese Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand (§§ 893 Abs. 2, 802 Z.P.O.): der Gläubiger muss dasselbe Gericht angehen, das für die Vollstreckung des ersten Urteils (auf die Vornahme der Handlung) zuständig wäre, nämlich das Prozessgericht erster Instanz, das über die Verpflichtung zur Handlung entschieden hat, bezw. im Falle eines Sühnevergleichs das Sühnegericht (§ 794, Abs. 1, Ziff. 2 mit 510c Z.P.O.).

Ueber die besondere Möglichkeit der Vereinfachung und Verschmelzung beider Forderungen in einem Prozess beim amtsgerichtlichen Verfahren (§ 510b mit 888a Z.P.O.) wurde bereits oben gesprochen (vgl. § 9, S. 44).

---

[1]) Seuffert, N. 2 zu § 893, S. 642; Struckmann-Koch, N. 2, Abs. 2; Gaupp Stein (9), N. II; R.G. in Seufferts Arch., 58, Nr. 225.

Literatur-Verzeichnis zu § 2.

Bayer, Vorträge über den ordentlichen Zivilprozess, 7. Aufl., 1842.
v. Bethmann-Holweg, Der röm. Ziv. Pr., Bonn 1864.
Bekker, Die Aktionen des röm. Priv. R., 1871.
Burckhard, Hugo, Ausführl. Erläut. d. Pandekten nach Hellfeld, begründet von Glück, fortgesetzt von Burckhard, Erlangen 1871.
Girard, Geschichte und System des röm. Rechts, 1908.
Huschke, Die multa und das sacramentum.
Keller, Der röm. Ziv. Pr. und die Aktionen.
Pauly, „Realenzyklopädie" unter „aestimatio litis", 1894.
Savigny, System d. röm. R.
Ubbelohde, Die Interdikte.
Wächter, Pandekten, 1880.
Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati, 1901.
Wetzell, System des ordtl. Ziv. Pr., Leipzig 1861.
Witte, Das interdiktum uti possidetis, Leipzig 1863.

Literatur-Verzeichnis zu § 3.

(Das Deutsche Recht.)

Meibom, Das deutsche Pfandrecht (1867), S. 39 ff.
Osenbrüggen, Der Hausfrieden. S. 34 ff.
Waitz, Das älteste Recht der salischen Franken, S. 178.
Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens (Giessen 1857). I. S. 242 ff.
Löning, Der Vertragsbruch im Deutschen Recht. S. 121: 419.
Sohm, Der Prozess der lex Salica (Weimar 1867), S. 30 ff.
Zöpfl, Die êwa Chamavorum (1856). S. 38 ff.
v. Amira, Vorlesungen über Deutsches Privatrecht W. S. 1906/07.
v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht (Leipzig 1882) I. 109.
Rogge, Das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820.
Eichborn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I.
Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I. 303, II 234 ff.
Schröder (1889), Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte I. S. 79, 352.
Heusler, Gewere S. 29.
Beseler, Lehre von den Erbverträgen, I. 281; Göttingen 1835.
Friedländer, Das Einlager. S. 32. 103.
Hach, Lübecker Recht.
Voigt, Codex diplom. Pruss. IV. S. 35 ff.
Joa. Gerichtsformeln aus der Joachimsthaler Handschrift bei Hohmeier Richtsteig. Landrechts, S. 329 ff.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte (1906), I. 409.
Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte; herausgeg. von Otto Gierke in Heften seit 1878, Heft 69 (1903), S. 404.

Literatur-Verzeichnis (Anhang zu § 3).

Biener, Historische Erörterungen über den Ursprung des Wechsels, Leipzig 1846.
Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen. Leipzig 1859.
Martens, Versuch einer historischen Entwickelung des Ursprungs des Wechselrechts, Göttingen 1797.
Kuntze, Deutsches Wechselrecht, Leipzig 1862.

Literatur-Verzeichnis zu § 5.

Linde, Lehrbuch des Deutschen gemeinen Zivilprozesses, 1850.
Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozess, München 1841.
Renand, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozessrechts, Heidelberg 1867.
Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, Leipzig 1898.
Martin, Lehrbuch des teutschen germanischen, bürgerl. Prozesses, Göttingen 1800.
Wetzell, System d. ordentl. Zivilprozess, Leipzig 1861.
Dernburg, Pandekten III., 1886.
Puchta, Erlangen 1830, Der Dienst der deutschen Justizämter und Einzelrichter.
Bergmann Fr., Hannover 1819, Corpus iuris indiciarii civilis germanici academicum.
S. Th. Neurodes, Pragmatische Erläuterung des jüngeren Reichsabschiedes, Jena 1752.
Aug. W. Hoffter, System des römischen und deutschen Z. P. R., Bonn 1843.
Claproths ord. Prozess, § 401.
Dauz, ordentl. Prozess, § 449.
Knorre, Anleitung zum gerichtl. Prozess.
Quistorps Grundsätze d. peinlichen Rechts, I. Th.
Quistorps Rechtliche Bemerkungen, I. Th., Bem. 85.
W. Endemann, Heidelberg 1868, Das Deutsche Z.P.R.
Seufferts Archiv f. Entsch. d. ob. Gerichte.
Seyffart, Teutscher Reichsprozess, 2. Aufl., 1756, Halle.
Thöl, Das Handelsrecht, 5. Aufl., Bd. I., § 246.

Literatur-Verzeichnis zum II. Hauptteil.

I. Kommentare und Handbücher zur Z.P.O.

v. Bülow, 2. Aufl., Hannover 1882.
Freudenthal, Z.P.O., Handausgabe, 3. Aufl., München 1910.
Neukamp, Handkommentar, 2. Aufl., Leipzig 1911.
Neumiller, Z.P.O., 3. und 4. Aufl., München 1910.
Petersen, Remelé und Anger, Z.P.O., 5. Aufl., Lahr 1904.
Seuffert, Z.P.O., 11. Aufl., München 1911.
Sydor-Busch, 13. Aufl., Berlin 1910.
(Gaupp)-Stein, 9. und 10. Aufl., Tübingen 1911.
Struckmann-Koch, Z.P.O., 9. Aufl., Berlin 1910.
v. Wilmowski-Levy, Z.P.O. und G.V.G., 7. Aufl., Berlin 1895.

II. Lehrbücher etc.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Berlin 1899.
Fitting, Der Reichszivilprozess, 12/13. Aufl., Berlin 1907.
Hellmann, Lehrb. d. D.Z.P.R., München 1885.
Hellwig, Lehrb. d. D.Z.P.R., Leipzig 1903.
Planck, Lehrb. d. D.Z.P.R., Nördlingen 1887—1895.
Schmidt R., Lehrb. d. D.Z.P.R., 2. Aufl., Leipzig 1906.
Wach, Handbuch d. D.Z.P.R., 1. Band, Leipzig 1885.
Weismann, Lehrb. d. D.Z.P.R., Stuttgart 1903.
Motive zur Z.P.O., von Hahn-Mugdan herausgegeben, abgekürzt: Mot.
Kipp, in Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Iherings-Jubiläum (1892), abgekürzt: Kipp.

III Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, abgekürzt: Zt. f. Rpfl. i. B.
(Seufferts) Blätter für Rechtsanwendung, abgekürzt: Bl. f. R.A.
Deutsche Juristenzeitung, abgekürzt: D.J.Z.
Juristische Wochenschrift, abgekürzt: J.W.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, abgekürzt: R.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, abgekürzt: Rhein.Zt.
Seuffferts Archiv f. Entscheidungen d. obersten Gerichte, abgekürzt: Seuff. A.
Zeitschrift für den deutschen Zivilprozess, begründet von Busch, abgekürzt: Zt. f. Z.P.
Archiv für zivilistische Praxis, abgekürzt: A. f. c. P.
Zeitschrift für d. gesamte Strafrechtswissenschaft, abgekürzt: Zt. f. ges. St.R.W.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, abgekürzt: R.G.
Rechtsprechung d. Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausg. von Mugdan und Falkmann, abgekürzt: O.L.G.
Sammlung d. Entscheidungen d. bayrischen obersten Gerichtshofs, neue Folge, abgekürzt: S. d. E. bay. o. L.G. (n. F.).
Bayerisches Justizministerialblatt, abgekürzt: Bay. J.M.Bl.

Inhalts-Verzeichnis

Seite

§ 1. Einleitung 5

I. Historischer Teil

§ 2. Römisches Recht: a) Legisaktionenprozess 8
b) Formularprozess 11
c) Justinianisches Recht 14
§ 3. Germanisches Recht 15
§ 4. Kanonisches Recht 21
§ 5. Gemeines Recht 24
§ 6. Partikularrecht des 18. und 19. Jahrhunderts 29

II. Das geltende Recht (§ 888 Z.P.O.) 33

§ 7. Zuständigkeit 35
§ 8. Abgrenzung der unter § 888 fallenden Handlungen 38
Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides (§ 889 Z. P. O.) . 43
§ 9. Unvertretbare, nicht unter § 888 Z.P.O. fallende Handlungen . . 44
a) Eingehung der Ehe und Herstellung der ehelichen Gemeinschaft 45
b) Leistung von Diensten 46
c) Abgabe einer Willenserklärung 48
d) Urteil auf unvertretbare Handlung im Amtsgerichtsverfahren . 53
(§ 510b Z.P.O.)
§ 10. Das Verfahren in der Vollstreckungsinstanz 54
a) Antrag des Gläubigers 54
b) Beschluss des Gerichts 55
c) Rechtliche Natur der Strafen 56
d) Vollstreckung 60
§ 11. Der Anspruch auf das Interesse 62
Literatur-Verzeichnis zu § 2 65
Literatur-Verzeichnis zu § 3 66
Literatur-Verzeichnis (Anhang zu § 3) 66
Literatur-Verzeichnis zu § 5 67
Literatur-Verzeichnis zum II. Hauptteil 68

Lebenslauf.

Geboren am 22. August 1886 als Sohn des Brauereibuchhalters August Geislhöringer und dessen Ehefrau Anna, geb. Deiler, beide katholischer Konfession, besuchte ich zunächst von 1892—1896 die Volksschule in München, dann das k. Theresiengymnasium ebenda von 1896—1905. Vom W. S. 1905/06 an oblag ich 8 Semester hindurch den juristischen Studien an der Universität in München, wo ich auch die vorschriftsmässigen Examina ablegte. Nach 3jähriger Praxis als Rechtspraktikant in München unterzog ich mich im Jahre 1912 dem juristischen Staatskonkurs. Juni 1913 wurde ich als Regierungsakzessist zunächst an die Regierung von Niederbayern einberufen.

Am 12. Juli 1913 bestand ich das Examen rigorosum.

A. Geislhöringer.